al-ʿAynī, Badr al-Dīn Maḥmūd ibn Aḥmad, 1361-1451

(Sharḥ al-Kanz)

الجزء الاوّل من شرح الكنز تاليف الشيخ الامام العالم العلامة عمدة المحققين والمحدثين أبي محمد محمود العيني تغمده الله تعالى برحمته وأسكنه فسيح جنته

م

(فهرسة الجزء الاول من العينى على الكنز)

(تمت)

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ان أجد ما يستهل به اللسان بالبيان وأسد ما تستمد به الاركان من الجنان حمد مبدع فرق اثمار العلم عن أكمام الاذهان وشق ينابيع الحكمة فى خلد من شاء من الانسان وشكر مرسل نبيا عند انتهاء الوقت والزمان محمدا المصطفى المبعوث الى الانس والجان عليه صلوات كل حاصرها عن العد والحسبان وتحيات مل حاضرها للعد بالبنان وعلى آله وصحبه الذين اتبعوه باحسان وعلى علماء الامة فى كل زمان ومكان ما دام القطر فى السيلان والماء فى الجريان (وبعد) فان الفقير الى رحمة ربه الغنى أبا محمد محمود بن أحمد العينى عامله ربه ووالديه بلطفه الخفى يقول لما امتحنت بما امتحن به من هو محسود اما لعلمه وفضله واما لسبق خير منه أو من أصله ولعمرى غير عجب ذلك فان المحسود معد لذلك وكيف وقد امتحن أئمة الدين وأكابر علماء المسلمين من الصحابة والتابعين ومن سائر العلماء المتقين فأبو حنيفة رضى الله عنه حبس وضرب بالسياط ولم يزل فى الحبس الى ان طوى له البساط ومالك رحمه الله ضرب وأهين حتى خلع كتفه اليمين والشافعى رحمه الله حمل من اليمن الى دار السلام فى قيد محاطا بجمع من اللئام وأحمد رحمه الله كذلك من بغداد الى حران الى أن أنقذهم الله من شر أهل الظلم والعدوان بحيث ضاقت على الدنيا برحبها وصعبت على الامور بيابسها ورطبها لما قوبلت بما لا يسوغه الشرع الشريف وجوزيت بما يجازى به القوى الضعيف حتى صار أعز أصحابى كأكبر أعدائى وصار أكثر الهمز والطعن من اجلاء اخلائى بحيث أظلمت على الدنيا فصرت كانى عين بلا انسان أو انسان بلا عين بالعيان ولكن النقى لا يغيره مقل الذباب والبحر لا يفسده ولوغ الكلاب فانى ان كنت عند الله مرضيا

فانا

فأنا راض نخوض الناس بالقيل والقال غير ناقد ولا ماض ثم لما من الله على ببعض جلاء هذه الغمة على يدى من خصه الله بالخير من هذه الامة أردت أن أزيل هذه الكدورات باشغال البال فى شرح كتاب من المصنفات فاخترت لذلك كتاب كنز الدقائق المنسوب الى القرم الهمام والامام المعظم فى الانام كشاف المشكلات حلال المعضلات أبى البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى عليه رحمة الله فى كل حين مبتدا ومستأنف فانه وان وقع عليه شروح ولكن منها مايمل جدا ومنها مايخل جدا فاستخرت الله تعالى واخترعت له شرحا يذلل صعابه ويستخرج عن قشره لبابه ويكشف عن وجوه مخدراته النقاب ويوضح مافيه من المسائل الصعاب بحيث انه عدل ووسط مجتنب عن الافراط والفرط موف حق حل المتن والتركيب كاف لذكر الدلائل بالترتيب مدرجا بالاحمر فى أسود شرحه الوضاح كالورد بين البنفسج أو كالاقاح مسمى بكتاب رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق نفع الله الطالبين به كما نفعهم بأصله ولقد جعلته خالصا لوجه الكريم وهو بما فى الصدور عليم والاعمال بالنيات ولكل امرئ مانوى وعلى كل قلب ماحوى والمأمول فيمن ينظر فيه أن يسلك طريق الانصاف ويحيد عن توغل الاعتساف وان يقصد بذلك الصلاح والاصلاح طلبا للنجاة والفوز والنجاح فان الانسان غير معصوم عن الخطا والنسيان وهما بالنص عنا مرفوعان واليد غير محفوظة عن الهفوة والقلم غير مصون عن العثرة والكريم يصلح واللئيم يفضح والحسود يفصح وكفى للحاسد ذما آخر سورة الفلق فى احتراقه واضطرابه بالقلق عصمنا الله واياكم من شر الحسدة اللئام وجمعنا واياكم بخير فى دار السلام وأن يعلم ان ماوقع فى ذلك الكتاب من لفظة الثلاثة فالمراد بها الائمة الثلاثة وهم الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وماوقع فيه من قولى قال الشارح فالمراد به الشيخ الامام فخر الدين الزيلعى رحمه الله والحمد لله أولا وآخرا وباطنا وظاهرا (بسم الله الرحمن الرحيم) افتتح كتابه بالبسملة تأسيا بكتاب الله تعالى وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه باسم الله فهو أبتر ولا تعارض بينه وبين قوله عليه السلام كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بحمد الله فهو أجذم أى أقطع لان الابتداء بالاول حقيقة وبالثانى بالاضافة الى ماسواه فلذلك ترك العاطف لئلا يشعر بالتبعية فيخل بالتسوية وقد اشتهر الكلام فى لفظة الله هل هو مشتق أو اسم موضوع فلا حاجة الى ذكره وهو اسم للمعبود بالحق يشمل جميع الصفات فلذلك قرن بالحمد دون غيره من الاسماء والرحمن فعلان والرحيم فعيل وفى الاول من المبالغة ماليس فى الثانى لان الزيادة فى اللفظ لزيادة فى المعنى ومتعلق الباء محذوف وهو ابتدئ أو أشرع على حسب مايليق بحال الفاعل (الحمد) هو الثناء بالجميل الاختيارى على جهة التعظيم والمعنى هذا الثناء مستمرا وثابت (لله الذى أعز العلم) الدينى (فى الاعصار) وهو جمع عصر وهو الزمان (وأعلى حزبه) أى حزب العلم وأراد به العلماء والحزب فى الاصل قطعة من الشئ وأراد طائفة أهل العلم وهم حزب الله تعالى وهم المفلحون فى الدنيا والآخرة وفيه براعة الاستهلال وهى ذكر شئ فى افتتاح الكلام يدل على أن مقصوده فى أى فن من الفنون وانما قال (فى الامصار) وان كان حزب العلماء هم الاعلون فى سائر البقاع نظرا الى الغلبة (والصلاة) وهى التبجيل والتعظيم من الله تعالى وملائكته وعبيده (على رسوله) وهو من بعث ومعه كتاب أو أنزل عليه

ملك بخلاف النبي فكل رسول نبي ولا عكس وأراد به ههنا محمدا صلى الله عليه وسلم لدلالة القرائن عليه فلذلك لم يصرح باسمه ثم وصفه بقوله (المختص بهذا الفضل العظيم) وأشار به الى العلم الذي وصفه بالعزة ووصف أهله بعلو المنزلة ولما كانت الدعوة محجوبة بدون الصلاة على سيد الخلق ثنى بالصلاة عليه ثم على أهل بيته أو كل من تبعه من المتقين الى يوم القيامة بقوله (وعلى آله الذين فازوا منه) أي ظفروا وأخذوا عنه (بحظ) أي بنصيب (جسيم) أي عظيم وأراد به العلم الديني الذي بسببه فازوا في الدنيا باكتسابهم المطالب العلية والمراتب السنية وفي الآخرة بارتفاع الدرجات وتضاعف الحسنات (قال مولانا) أي من له علينا حق ولا نعمة العلم والارشاد أوحق ولا نعمة المصنفات التي ألفها لنا وهذا من هنا الى قوله لما رأيت الهمم ملحقة من التلامذة ثم وصفه بأوصاف مادحة فقال (الحبر) أي العالم الذي يزين الكلام بتقريره وتحريره ومنه سمي علماء التوراة المحققون أحبارا (النحرير) بكسر النون وهو الذي له نظر دقيق في تقرير الكلام قيل النون فيه زائدة فيكون من التحرير من حرر الكلام اذا أمعن النظر فيه ودققه وقيل أصله من النحر وهو الصدر فكأن معناه صدر في التحرير وكل منهما يدل على المبالغة (صاحب البيان) باللسان (والبنان) بالقلم وقوله (في التقرير) يرجع الى الاول وقوله (والتحرير) يرجع الى الثاني لان التقرير يكون باللسان والتحرير يكون بالبنان فكل من أوتي هذين الفضلين فقد أوتي فضلا جما فالناس على أربع طبقات فأعلاهم غاية العلو من رزق التقرير والتحرير ومن دونه من رزق التقرير دون التحرير ومن دونه من رزق التحرير دون التقرير ودون الكل الذي لا يعبأ به من حرم الاثنين (كاشف المشكلات) من أشكل الامر اذا انغلق وجهه واشتد طريقه (والمعضلات) من أعضل الامر اذا اشتدت صعوبته قيل الاول في الفروع والثاني في الاصول وقيل الاول في الالفاظ والثاني في المعاني وقيل الاول في المدلولات والثاني في الدلائل (مبين) أي مظهر (الكنايات) وهو جمع كناية وهو ما استتر المراد منه بخلاف الصريح (والاشارات) جمع اشارة وهو الرمز فالاول في المعاني والثاني في المتون (منبع العلا) بضم العين وهو جمع عليا والمنبع مفعل من نبع الماء اذا ظهر وسال بالتفجر وأراد أنه مظهر الاشياء الدقيقة والمسائل الرفيعة العالية التي لا ينالها الا المنفردون من العلماء الكبار والمتقنون من الفضلاء الاخيار (علم الهدى) أي الهداية وهي ما يوصل الى المطلوب والعلم بفتحتين الجبل وقد استعير الجبل للشيخ مبالغة في توصيفه بالعلوم والهداية وجه ذلك ان الجبل وتد للبقعة التي هو عليها يمنعها من الميد والتمايل وكذلك الشيخ بين طائفة جنسه ينزل منهم منزلة الوتد مع أن قيام أمورهم وانتظام أحوالهم على منهاج العدل والشرع يكون به أو كان الجبل يقتدي به المسافرون عند الضلال فكذلك هو يقتدى به في العلوم وتحصيلها عند الجهالة (أفضل الورى) أي الخلق في زمانه (حافظ الملة) الابراهيمية الحنيفية (والدين) المحمدي وهو لقبه الذي اشتهر به بين الخلق (شمس الاسلام والمسلمين) جعل شمسا مبالغة كما في زيد أسد (وارث الانبياء والمرسلين) في العلوم لوحظ فيه قوله عليه السلام العلماء ورثة الانبياء (أبو البركات) كنيته واسمه (عبد الله بن احمد بن محمود) صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والاصول منها كتاب الوافي وشرحه الكافي والمصفى في شرح المنظومة والمستصفى في شرح النافع والمنار

وشرحه والعمدة فى الكلام وغير ذلك تفقه على شمس الائمة الكردرى وسمع منه الصغناقى دخل بغداد سنة عشر وسبعمائة و وفاته فى العشر المذكور (النسفى) نسبة الى مدينة نسف وهو من بلاد الصغد من بلاد ما وراء النهر قيل هو بكسر السين وفى النسبة تفتح كما يقال فى النسبة الى صدف صدفى بالفتح (لما رأيت الهمم) أى همم المحصلين وهو جمع همة من الهم وهو القصد (مائلة الى) الكتب (المختصرات) لسهل مأخذها وقرب تناولها (و) رأيت (الطباع) أى طباع المشتغلين (راغبة) أى معرضة (عن) الكتب (المطولات) لبعد ضبطها وعسر حفظها (أردت) جواب لما (ان الخص الوافى) وهو الكتاب الذى صنفه أولا على ترتيب عجيب وتركيب غريب يحتوى على مسائل كثيرة من كتاب الهداية والقدورى والمنظومة والزيادات والواقعات والجامع الصغير والكبير والفتاوى وغيرها (بذكر ما عم وقوعه) بين الناس (وكثر وجوده) لاشتماله على غالب الواقعات والحوادث (لتكثر فائدته) لكونه مختصرا يلتى درسه فى المدارس ويحفظ متنه فى غالب الاماكن والمجالس ويستصحب مع الطلبة فى الاكمام ويبحث منه الخواص والعوام فالخواص بالافتاء منه والعوام بالاستفتاء عنه (وتتوفر عائدته) أى منفعته وبين الفائدة والعائدة جناس لا يخفى (فشرعت) الفاء فيه جواب شرط محذوف تقديره اذا كان الامر كذلك فشرعت (فيه) أى فى تلخيص الوافى (بعد التماس) أى طلب (طائفة) أى جماعة (من أعيان الافاضل) أى من اشرافهم واكابرهم والاعيان جمع عين الشئ وهو خياره والافاضل جمع أفضل وهو أمثل من الفاضل من فضل اذا زاد (وأفاضل الاعيان) فالمراد من الاول العلماء المنتهون فى العلوم ومن الثانى العلماء الذين فى صدد الزيادة وأعيان الناس هم العلماء لانهم خيارهم وساداتهم وأعيان العلماء هم الافاضل الذين لا درجة فوق درجاتهم الا درجات الانبياء عليهم السلام ولمح فيه قوله عليه السلام فضل العالم على العابد كفضلى على أدناكم ثم وصفهم بقوله (الذين هم بمنزلة الانسان للعين) وهو نورها الذى تبصر به فنفس الحدقة التى ركب الله فيها النور الذى يبصر به الانسان يسمى انسانا (و) هم أيضا بمنزلة (العين للانسان) والمراد من الانسان الاول هو النور الذى ذكرناه ومن الثانى هو الحيوان الناطق والمراد من العين الاول والثانى هو العضو المعهود وهو العين الباصرة وهذا تشبيه بليغ وجهه ان الانسان كما لا ينتفع فى المبصرات الا بالعين فكذلك الخلق لا ينتفعون بأمور الدنيا والآخرة الا بالعلماء فكما أن الاعمى لا يهتدى الى طريقه ولا يميز بين ما ينفعه ويضره فكذلك الخلق لا يهتدون الى طريق الهدى والصواب ولا يميزون بين الحلال والحرام الا بواسطة العلماء وقوله (مع ما بى من العوائق) فى محل النصب على الحال أى فشرعت فيه حال كونى مصاحبا العوائق أى الموانع والشواغل اما من جهة اشتغاله بتصنيف آخر والقاء الدروس واما من جهة الفترات التى لا يخلو عنها البلاد والفتن التى تزيل الامن والقرار عن العباد والظاهر ان مراده هذا لان فى زمان تصنيفه هذا الكتاب كانت الفتن عامة فى البلاد خصوصا فى بلاد ما وراء النهر من جهة المغل الذين تفرقوا فى البلاد وافسدوا غاية الفساد (وسميته) أى الملخص من الوافى (بكنز الدقائق) سماه كنزا باعتبار كثرة مسائله التى كنزها السلف لان الكنز اسم لما دفنه بنو آدم من الذهب والفضة ولما جمعها ههنا سماها كنزا وسماه بالدقائق نظرا الى دقة اختصاره فانه اذا بسط كان أكثر منه

عشر مرّات وأكثر (وهو) أى الكنز هذا (وان خلا) أى عرا (عن العويصات والمعضلات) أراد بها المسائل الموجودة فى الوافى المأخوذة من الجامع الكبير فانها مسائل عويصة أى صعبة يحتاج الانسان فى استخراجها الى أمر عظيم وتردد كثير وأصولها معضلة أى مشكلة جدًّا فهذا الكتاب وان عرا عن ذلك (فقد تحلى) أى تزين وتجمل (بمسائل الفتاوى والواقعات) يعنى تحلى بالمسائل التى يفتى بها عند الواقعات والحوادث لانّ الناس انما يحتاجون غالبا الى مثل هذه المسائل لا الى المسائل النادرة الصعبة ويجوز أن يكون المراد من الفتاوى والواقعات الكتابين المسمين بهما يعنى وان عرا هذا الكتاب عن مسائل الجامع الكبير التى هى العويصات والمشكلات فقد تحلى بمسائل هذين الكتابين التى وجودها أكثر ونفعها أعم وأشهر وقوله (معلما) بفتح اللام حال من الضمير الذى فى تحلى وأشار بقوله (بتلك العلامات) الى التى وضعها فى الوافى وهى حرف الحاء لابى حنيفة والسين لابى يوسف والميم لمحمد والزاى لزفر والفاء للشافعى والكاف لمالك والدال لاحمد والواو لرواية عن أصحابنا أو لقياس مرجوح (وزيادة) بالجرّ أى وبزيادة حرف (الطاء للاطلاقات) يعنى للمسائل التى ذكرت مطلقة من غير تفصيل ولا قيد (والله الموفق للاتمام) أى لاتمام هذا الكتاب (والميسر للاختتام) أى لاختتامه

(كتاب الطهارة)

كلام اضافىّ فيه وجهان الرفع على انه خبر مبتدا محذوف أى هذا كتاب الطهارة والنصب على تقدير هاك كتاب الطهارة أو خذه وهو مصدر كالكتب والكتابة بمعنى الجمع تقول منه كتبت البغلة اذا جمعت بين شفريها بحلقة أو سير أكتب وأكتب كتبا وقد يقال أراد بالكتاب ههنا المكتوب مجازا كالحساب بمعنى المحسوب وفى الاصطلاح الكتاب طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعا أولم تشمل والقيد الاخير لدفع قول من يقول الكتاب اسم جنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب مالم يذكر فيه لا باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما سيأتى والطهارة مصدر من طهر الشئ بضم الهاء وفتحها بمعنى النظافة مطلقا وفى الشرع النظافة عن النجاسات مطلقا وقال صاحب الدراية الطهارة لغة النظافة وشرعا نظافة الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس وهذا تعريف غير صحيح لان الطهارة أعم من الوضوء والتعريف المذكور لا يطلق الا على الوضوء وهو نوع من أنواع الطهارة وانما قدمها على غيرها لانها شرط وهو مقدم ثم اختصت بالبداءة من بين سائر الشروط لكونها أهم ولانها لا تسقط بحال تما بخلاف غيرها ثم قدم بيان الوضوء الذى هو طهارة صغرى على الغسل الذى هو طهارة كبرى امّا اقتداء بالكتاب العزيز وامّا باعتبار شدّة الاحتياج الى علم الوضوء باعتبار كثرة دورانه فقال (فرض الوضوء) وهو كلام اضافىّ مبتدأ وخبره (غسل وجهه) أى وجه المتوضى أو المكلف وليس هذا باضمار قبل الذكر لدلالة القرينة عليه وذلك لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والفرض ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه والوضوء بضم الواو من الوضاءة وهى الحسن والنظافة تقول منه وضؤ الرجل أى صار وضيأ وتوضأت للصلاة ولا يقال توضيت وبعضهم يقوله وبالفتح الماء الذى يتوضأ به وفى الشرع

غسل

غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس ولما كان الوجه من المحدودات الحسية التى لها طول وعرض أشار اليه بقوله (وهو) أى الوجه يبتدئ فى الطول (من قصاص شعره) وهو حيث ينتهى نبته من مقدمه ومؤخره وفى القاف ثلاث لغات والضم أعلاها وينتهى (الى أسفل ذقنه) بفتح الذال المعجمة والقاف وهو مجتمع لحييه (و) يبتدئ فى العرض (الى شحمتى الاذن) وهى معلق القرط وأراد شحمتى الاذنين لان لكل أذن شحمة وقد نوقش فى هذا التركيب من وجوه الاول ان قوله من قصاص شعره ليس كذلك لان حد الوجه فى الطول من مبتدا سطح الجبهة الى منتهى اللحيين كان عليه شعر أو لم يكن الثانى ان قوله والى شحمتى الاذن معطوف على قوله الى أسفل ذقنه فيكون داخلا فى حكمه ويكون المعنى حد الوجه طولا من قصاص شعره الى أن ينتهى الى أسفل الذقن والى أن ينتهى الى شحمتى الاذن وليس كذلك على مالا يخفى الثالث كان ينبغى أن يقال والى شحمتى الاذنين لان لكل أذن شحمة والعرض من الشحمة الى الشحمة وليس لاذن واحدة شحمتان الرابع يلزم من هذا الحد أن يجب غسل داخل العينين والانف والفم وأصول شعر الحاجبين واللحية والشارب وونيم الذباب ودم البراغيث وليس كذلك وأجيب عن الاول انه باعتبار الغالب وعن الثانى بأن فيه مقدرا وهو ماذكرناه وان كان فيه تعسف وهو أيضا بعينه عبارة صاحب الهداية حيث قال وحد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد علم ان الفقهاء يتسامحون فى اطلاق العبارات ولكن العبارة المنقحة أن يقال وهو من قصاص شعره الى أسفل ذقنه ومن شحمة الاذن الى شحمة الاذن كما ذكره غيرهما وعن الثالث بما قدرنا أيضا مع مافيه من المسامحة وعن الرابع ان هذه الاشياء سقطت للحرج وعلى حد من يقول الوجه ما يواجهه الانسان لا تدخل هذه الاشياء لخروجها عن المواجهة ثم اعلم انه لا خلاف فى أن ما يشتمل عليه الطول يجب غسله وأما ما يشتمل عليه العرض ففيه خلاف أبى يوسف فعنده عرض الوجه من العذار الى العذار وما وراءه ساقط والعذار رأس الخد وهو داخل بالاتفاق هذا فى الملتحى اما فى غيره فحد العرض هو الذى تقدم ذكره وعند مالك العذار وما وراءه لا يدخل فى الغسل مطلقا (ويديه) عطف على قوله وجهه وفيه حذف والتقدير وغسل يديه (بمرفقيه) أى مع مرفقيه والباء تجىء للمصاحبة يقال اشتريت الفرس بسرجه أى مع سرجه وقال زفر المرفقان لا يدخلان فى الغسل لان الغاية لا تدخل تحت المغيا قلنا الغاية ههنا لاسقاط ما وراءها لان صدر الكلام ان كان يثبت الحكم فى الغاية وما وراءها قبل ذكرها فيكون ذكرها لاسقاط ما وراءها والا فلامداد الحكم الى تلك الغاية وهى فى صورة النزاع من القبيل الاول (ورجليه) عطف على يديه أى وغسل رجليه أيضا (بكعبيه) أى مع كعبيه كما ذكرنا وفيه خلاف زفر أيضا والكعب هو العظم الناتئ عند ملتقى الساق والقدم وهو الصحيح ههنا وما روى من أنه العظم المربع الذى عند معقد الشراك فذلك فى باب الحج (ومسح ربع رأسه) بالرفع عطف على قوله غسل وجهه أى فرض الوضوء أيضا مسح ربع رأسه لحديث المغيرة رضى الله عنه انه عليه السلام مسح على ناصيته أخرجه مسلم وليس هذا بزيادة على الكتاب بخبر الواحد لان الكتاب مجمل والتحق الخبر بيانا له وهذه حجة على الشافعى فى تجويزه أقل ما ينطلق عليه اسم المسح وعلى مالك

فى رؤيته مسح جميع الرأس فرضا فان قلت الخبر يقتضى بيان عين الناصية والمدّعى ربع غير معين فلا يوافق الدليل المدلول قلت الخبر يحتمل معنيين بيان المحل وبيان المقدار وخبر الواحد يصلح بيانا لمجمل الكتاب والاجمال فى المقدار دون المحل لانه الرأس وهو معلوم فلو كان المراد منه المعين يلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد وعن محمد الواجب قدر ثلاث أصابع ذكرها ابن رستم عنه فى نوادره (ولحيته) بالجرّ عطف على رأسه أى ومسح ربع لحيته وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ويجوز أن يكون عطفا على الربع أى ومسح لحيته فعلى هذا يجب مسح كل اللحية وهو رواية بشر عن أبى يوسف وعنه لا يجب مسحها أصلا والمختار ان الفرض مسح ما يلاقى البشرة من الوجه (وسنته) أى سنة الوضوء ثلاث عشرة على ماذكره الاولى (غسل يديه الى رسغيه) بضم الراء وسكون السين المهملة وفى آخره غين معجمة وهو منتهى الكف عند المفصل وذلك لقوله عليه السلام اذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما فى وضوئه فان احدكم لايدرى اين باتت يده أخرجه البخارى بهذه العبارة وبقية الجماعة بالفاظ مختلفة وانما قال الى رسغيه لوقوع الكفاية به فى التنظيف (ابتداء) نصب على الظرف أى فى ابتداء الوضوء وأوّله ويجوز أن يكون حالا على تقدير مبتدئا وانما قال (كالتسمية) بكاف التشبيه تنبيها على أنّ السنة فى التسمية أيضا أن تكون فى ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه رواه أبوداود وابن ماجه وصححه الحاكم وقال صاحب الهداية والاصح انها مستحبة وكيف يكون الاصح انها مستحبة وقد وردت أحاديث كثيرة تدل على سنيتها على أنّ جماعة من الظاهرية واسحق وأحمد فى رواية يرون بوجوبها ووقع فى بعض النسخ والتسمية بالرفع عطفا على غسل يديه وهى الثانية من السنن (و) الثالثة (السواك) أى استعماله لانّ نفس السواك ليس بسنة وقال ابن الاثير السواك بالكسر والمسواك ما يدلك به الاسنان من العيدان يقال ساك فاه يسوكه اذا دلكه بالسواك فاذا لم تذكر الفم قلت استاك وقال الشارح والسواك يحتمل وجهين أحدهما ان يكون مجرورا عطفا على التسمية والثانى أن يكون مرفوعا عطفا على الغسل والاول أظهر لان السنة ان يستاك عند ابتداء الوضوء قلت بل الاظهر هو الثانى لان المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه على ماذكره صاحب المفيد أن السواك من سنن الدين فحينئذ يستوى فيه كل الاحوال (و) الرابعة (غسل فمه) وأراد به المضمضة (و) الخامسة غسل (أنفه) وأراد به الاستنشاق وانما عدل الى هذه العبارة امّا لان الغسل يشعر بالاستيعاب وامّا تنبيها على حدّيهما وما قيل انما ذلك للاختصار فليس بشئ وكيفيتهما أن يتمضمض ثلاثا ويأخذ لكل مرّة ماء جديدا او يستنشق كذلك وعند الشافعى بغرف غرفة فيوزعها عليهما (و) السادسة (تخليل لحيته) عند أبى يوسف وبه قالت الثلاثة وعندهما هو فضيلة وليس بسنة (و) السابعة (تخليل اصابعه) بالاجماع للحديث المعروف (و) الثامنة (تثليث الغسل) فالاول فرض والثانى والثالث سنة وقيل الثالث اكمال للسنة وقيل الثالث نفل وقيل الثانى نفل والثالث سنة وعن أبى بكر الاسكاف ان الثلاث فرض (و) التاسعة (نيته) أى نية الوضوء فيكون المصدر مضافا الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل أى نية المتوضئ الوضوء ويجوز أن يكون مضافا الى الفاعل أى نية المتوضئ ويكون المحذوف هو

المفعول

المفعول وعند الشافعي فرض وهي قصد قلبه بالوضوء لاستباحة صلاة أو رفع حدث أو امتثال أمر (و) العاشرة (مسح كل رأسه مرة) واحدة وعند الشافعي ثلاثا وعند مالك مسح كل الرأس فرض (و) الحادية عشرة مسح (أذنيه بمائه) أي بماء الرأس وعند الشافعي بماء جديد (و) الثانية عشرة (الترتيب المنصوص) عليه من جهة العلماء وهو أن يبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وعند الشافعي هو فرض (و) الثالثة عشرة (الولاء) بكسر الواو وهي المتابعة وهو ان يغسل العضو الثاني قبل جفاف الاول وقيل أن لا يشتغل بينهما بعمل آخر وعند مالك هو فرض (ومستحبه) أي ومستحب الوضوء شيآن أحدهما (التيامن) وهو البداءة باليمين في غسل اليدين والرجلين (و) الآخر (مسح رقبته) لانه عليه السلام مسح عليها * ولما فرغ عن بيان الوضوء شرع في بيان نواقضه والنقض في الاجسام ابطال تأليفها وفي غيرها اخراجه عما هو المطلوب والمطلوب من الوضوء استباحة الصلاة وأشار الى ذلك بقوله (وينقضه) أي الوضوء (خروج كل خارج (نجس منه) أي من المتوضئ سواء كان على وجه الاعتياد أو لم يكن خلافا لمالك في غير المعتاد وسواء كان من السبيلين أو لم يكن خلافا للشافعي في غير السبيلين والشرط السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير خلافا لزفر حتى لو نزل البول الى قلفة الذكر ينقض والى قصبته لا ينقض وكذا لو علا الدم أو القيح على رأس الجرح ولم يسل لا ينقض وأشار بالخروج الى أن المخرج لا ينقض حتى لو عصر بثرة أو رفع دما أو نحوه بقطنة عن رأس الجرح لم ينقض (و) ينقضه أيضا (قيء) خلافا للشافعي ووصفه بقوله (ملأ فمه) أي فم المتوضئ تنبيها على مذهب زفر فان عنده الامتلاء ليس بشرط ولا فرق بين أنواع القيء أشار الى ذلك بالواو الواصلة وهو قوله (ولو) كان القيء (مرة) بكسر الميم أي صفراء (أو) كان (علقا) أي دما جامدا وان كان مائعا فالامتلاء ليس بشرط عند أبي حنيفة خلافا لمحمد وأبو يوسف مضطرب هذا اذا كان صاعدا من الجوف وأما اذا كان نازلا من الرأس فهو ينقض قل أو كثر باتفاق أصحابنا (أو) كان القيء (طعاما أو) كان (ماء) خلافا للحسن فيهما اذا لم يتغير (لا) ينقضه اذا قاء (بلغما) صرفا خلافا لابي يوسف في الصاعد من الجوف (أو) قاء (دما غلب عليه البزاق) اعتبارا للغالب ولو كان البزاق مغلوبا انتقض وكذا في التساوي ويعرف ذلك من حيث اللون فان كان أحمر انتقض وان كان أصفر لا ينتقض هذا كله في الخارج من نفس الفم وأما الخارج من الجوف فقد مر تفصيله وفي التجنيس اذا بزق وخرج معه دم ان كان الدم مغلوبا لا ينقض لانه ما سال بنفسه بل سيله البزاق بخلاف ما اذا كان غالبا أو مساويا للاحتياط ولو عض على شئ وأصابه دم مما بين أسنانه ان كان بحيث لو ترك لا يسيل لا ينقض (والسبب) وهو اتحاد المجلس عند أبي يوسف والباعث وهو الغثيان عند محمد (يجمع متفرقه) أي متفرق القيء وهو على أربعة أوجه اما أن يكون المجلس والباعث متحدين فيجمع اتفاقا واما متعددين فلا يجمع اتفاقا واما أن يكون الاول متحد الاغير واما أن يكون الثاني لاغير ففيهما الخلاف (و) ينقضه أيضا (نوم مضطجع) وهو النائم على جنبه لاسترخاء المفاصل (و) نوم (متورك) وهو النائم على وركه لزوال مقعدته عن الارض وكذا نوم مستند الى شئ لو أزيل لسقط (و) ينقضه أيضا (اغماء) وهو ما يكون العقل به مغلوبا (وجنون) وهو

مايكون العقل به مسلوبا فعن هذا صح الاغماء على الانبياء عليهم السلام دون الجنون (و) ينقضه أيضا (سكر) وحده أن يدخل فى مشيته اختلال واختيار الصدر والشهيد أن لايعرف الرجل من المرأة (و) ينقضه أيضا (قهقهة مصل) صلاة كاملة حتى لا يكون نقضا فى الجنازة واحترز به عن غير المصلى وبقوله (بالغ) عن غير البالغ لانها ليست بجناية فى حقه وسواء فى ذلك العمد والنسيان خلافا للشافعى مطلقا وهى مايكون مسموعا لجيرانه بدت أسنانه أولا والضحك مايكون مسموعا له فقط يبطل الصلاة دون الوضوء والتبسم مالاصوت فيه فلا ينقض شيئا أصلا (و) ينقضه أيضا (مباشرة فاحشة) خلافا لمحمد وهى أن تنتشر الآلة ويتماس الفرجان (لا) ينقضه (خروج دودة من جرح) لانها متولدة من لحم وهو لوسقط لا ينقض فكذا مايتولد منه بخلاف الخارجة من الدبر لانها متولدة من الطعام (و) لا ينقضه أيضا (مس ذكر) خلافا للشافعى لحديث بسرة من مس ذكره فليتوضأ ولنا حديث قيس هل هو الا بضعة منك قال الترمذى هذا أحسن شئ فى هذا الباب وحديث بسرة ضعفه جماعة وقال يحيى بن معين ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث مس الذكر ولا نكاح الا بولى وكل مسكر حرام وعن أحمد واسحق مثله وقال الطحاوى لم نعلم أحدا من الصحابة أفتى بالوضوء منه غير ابن عمر وقد خالفه أكثرهم (و) لا ينقضه أيضا مس (امرأة) خلافا للشافعى لقوله تعالى أو لامستم النساء ولنا ماصح انه عليه السلام كان يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلاة ولا يتوضأ وفسر الآية ابن عباس بالجماع وهو ترجمان القرآن وهو موافق لما قاله أهل اللغة فقال ابن السكيت اللمس اذا قرن بالمرأة يراد به الجماع تقول العرب لمست المرأة أى جامعتها ويؤيده ما قالت مريم عليها السلام ولم يمسسنى بشر (وفرض الغسل) بضم الغين ثلاثة الاول (غسل فمه) وأراد به المضمضة (و) الثانى غسل (أنفه) وأراد به الاستنشاق وعند الشافعى هما سنتان فيه كما فى الوضوء وعند مالك فرضان فيهما وعند أحمد واجبان فيهما (و) الثالث غسل جميع (بدنه) بالاجماع (لا دلكه) أى لا يفرض دلك بدنه خلافا لمالك (و) لا يفرض أيضا (ادخال) المغتسل (الماء) فى (داخل الجلدة) المتدلية الكائنة (للاقلف) وهو الذى لم يختن لانه خلقة كقصبة الذكر وهذا مشكل لانهم جعلوه كالخارج فى وصول البول الى القلفة ويزول الاشكال على قول من يرى بوجوب ايصال الماء اليه على ماهو الصحيح (وسنته) أى سنة الغسل (أن يغسل يديه) أولا (و) ان يغسل (فرجه) بعد غسل اليدين (و) ان يغسل (نجاسة لو كانت على بدنه) لئلا تشيع قيل قوله ونجاسة يغنى عن ذكر فرجه لانه انما يغسل لاجل النجاسة قلت ذكره للاهتمام واتباعا لما ذكر فى حديث ابن عباس رضى الله عنهما (ثم) بعد ذلك (يتوضا) كوضوئه للصلاة الا رجليه ان كانا فى مجمع الماء (ثم يفيض) أى يسكب (الماء على بدنه ثلاثا) أى ثلاث مرات كذا فى حديث ابن عباس (ولا تنقض) على صيغة المجهول وقوله (ضفيرة) مفعول ناب عن الفاعل أى لا تنقض المرأة ضفيرتها وهى شعرها المعقود الا اذا كانت ملبدة وينقض الرجل مطلقا الا اذا كان علويا أو تركيا للحرج وانما لايجب النقض (ان بل أصلها) أى أصل الضفيرة وان لم يبل أصلها يجب نقضها مطلقا (وفرض) الغسل (عند) خروج (منى) الى ظاهر الفرج وهو ماء أبيض خاثر ينكسر به الذكر ويتولد منه الولد وسواء فى ذلك حالتا النوم واليقظة ولكن بقيدين

أحدهما الدفق أشار اليه بقوله (ذى دفق) والآخر الشهوة أشار اليه بقوله (وشهوة) وعند الشافعي خروجه كيفما كان يوجب الغسل ثم وصفها بقوله (عند انفصاله) أى انفصال المنى من مقره لا عند خروجه من رأس الاحليل كما هو مذهب أبي يوسف وفائدة الخلاف فى مواضع فيمن احتلم فمسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم خرج لا عن دفق يجب الغسل عندهما خلافا له وفيمن نظر اليها بشهوة فزال المنى عن مكانه ثم فعل كذلك وفيمن اغتسل قبل أن يبول أو ينام ثم سال منه بقية المنى بغير شهوة يعيد الغسل عندهما خلافا له (و) فرض أيضا عند (توارى) أى تغيب (حشفة) وهى ما فوق الختان (فى قبل) أى فى فرج امرأة (أو دبر) من رجل أو امرأة (عليهما) أى على الفاعل والمفعول به وانما لم يقل التقاء الختانين كما قال غيره لانه لا يتصور فى الدبر وقالت الظاهرية لا يجب الا بالانزال (و) فرض أيضا عند انقطاع (حيض و) عند انقطاع (نفاس) وهو الدم المتعقب للولادة (لا) يفرض عند خروج (مذى) بالذال المعجمة وهو ماء رقيق أبيض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله (و) لا يفرض أيضا عند خروج (ودى) بسكون الدال المهملة وهو ماء غليظ يعقب البول (و) لا يفرض أيضا عند (احتلام بلا) وجود (بلل) ولو رأى بللا ولم يتذكر احتلاما يجب عليه الغسل عندهما خلافا لابي يوسف والثلاثة (وسن) الغسل (للجمعة) أى لصلاتها وهو الصحيح وقال الحسن ليومها وفائدته فيمن اغتسل قبل الصلاة ثم أحدث وتوضأ وصلى الجمعة أو اغتسل بعدها قبل الغروب أو كان ممن لا تجب عليه الجمعة كأهل البرية والمسافر والمرأة فانه لا يسن الاغتسال فى حقهم خلافا للحسن وعند مالك غسل يوم الجمعة فرض وبه قالت الظاهرية (و) سن أيضا (للعيدين و) عند (الاحرام) للحج أو العمرة (و) يوم (عرفة) لورود السنة كذلك (ووجب) الغسل (للميت) أى لاجله وجب فعله على الحى (و) كذا يجب (لمن أسلم) حال كونه (جنبا) وكان ينبغى أن يقال وعلى من أسلم لان الغسل انما يجب على الكافر الذى أسلم وفعله أيضا يجب عليه بخلاف الميت فانه ليس بأهل لان يجب عليه شئ وانما يجب على الحى اقامة الغسل فى حقه فناسب أن يذكر اللام فيه دون ما عطف عليه فافهم (والا) أى وان لم يكن الكافر الذى أسلم جنبا (ندب) أى استحب ومن المندوب الاغتسال لدخول مكة والوقوف بمزدلفة ودخول مدينة النبى صلى الله عليه وسلم والمجنون اذا أفاق والصبى اذا بلغ بالسن * ولما فرغ عن بيان الطهارتين شرع فى بيان آلة التطهير وهى المياه بأقسامها فقال (ويتوضأ) أى مريد الصلاة (بماء السماء) أى المطر وماذاب من الثلج والبرد (و) يتوضأ بماء (العين و) بماء (البحر) أيضا قيل لو قال يتطهر عوض يتوضأ كان أولى لشموله الوضوء والغسل وغيرهما يقال اذا عرف الحكم فى الوضوء عرف فى غيره لا يقال كيف جعل ماء العين والبحر غير ماء السماء والكل ماء السماء لقوله عز وجل ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض لان القسمة على ما تشهد به العادة فلا ينكر ذلك (وان) واصلة بما قبله يعنى وان (غير) شئ (طاهر) اختلط بالماء (أحد أوصافه) وهى اللون والطعم والريح كزعفران اختلط بالماء فغير لونه فقط لاطلاق اسم الماء عليه حتى لو غير وصفين منه بأن غير اللون والطعم أو اللون والريح لا يجوز لزوال الاطلاق عنه وقالت الثلاثة لا يجوز مطلقا (أو أنتن) الماء (بالمكث) أى بطول الاقامة فى موضعه وهو

عطف على قوله غير (لا) يتوضأ (بماء تغير بكثرة الاوراق) التي وقعت فيه أيام الخريف لزوال الاطلاق (أو) تغير (بالطبخ) على النار (أو اعتصر) الماء (من شجر أو ثمر) لما ذكرنا (او غلب عليه) أي على الماء (غيره) من الاشياء الطاهرة (اجزاء) أي من حيث الاجزاء وهو أن يخرجه عن صفته الاصلية بأن يثخن لا أن يكون من حيث الوزن أكثر وذكر الاسبيجابي ان الغلبة تعتبر أولا من حيث اللون ثم من حيث الطعم ثم من حيث الاجزاء ويقال الاعتبار لتغير الاوصاف الثلاثة أو أكثرها ويقال الاعتبار لرقة الماء وثخانته ويقال الاعتبار للغلبة بالاجزاء الذاتية فنقول الضابط هنا والموفق لهذه الاقوال ان الماء اذا خالطه شيء لا يخلو اما أن يكون جامدا أو مائعا فان كان جامدا فما دام يجري على الاعضاء فالماء غالب وان كان مائعا فلا يخلو اما أن يكون مخالفا للماء في الاوصاف كلها أو في بعضها أو لا يكون فان لم يكن كالماء المستعمل على القول الصحيح انه طاهر يعتبر بالاجزاء حتى لو كان الماء رطلين والمستعمل رطلا فحكمه حكم المطلق وبالعكس كالمقيد وان كان مخالفا فيها فان غير الثلاث أو أكثرها لا يجوز الوضوء به والا فان خالفه في وصف واحد أو وصفين تعتبر الغلبة من ذلك الوجه كاللبن مثلا يخالفه في اللون والطعم فان كان لون اللبن أو طعمه هو الغالب لم يجز الوضوء به والا جاز وكماء البطيخ يخالفه في الطعم فيعتبر الغلبة فيه بالطعم فعلم من هذا ان مراد من اعتبر الرقة والثخانة ما اذا كان المخالط له جامدا ومراد من اعتبر الغلبة بالاجزاء ما اذا كان المخالط له لا يخالفه في شيء من الاوصاف فافهم فانه موضع أشكل على كثير من الناس (و) لا يتوضأ ايضا (بماء دائم) أي غير جار وقع (فيه نجس) هذا (ان لم يكن) هذا الماء الدائم (عشرا) أي عشرة أذرع (في عشر) أي في عشرة أذرع بذراع الكرباس وهي ذراع العامة ست قبضات أربع وعشرون اصبعا وقيل بذراع المساحة وهي ذراع الملك كسرى سبع قبضات باصبع قائمة ويمكن أن يستأنس على هذا بحديث بئر بضاعة وقد حققناه في شرحنا للطحاوي قيد بقوله ان لم يكن عشرا في عشر لانه اذا كان عشرا في عشر يكون حينئذ كالماء الجاري أشار اليه بقوله (فهو) أي العشر في العشر (كالجاري) أي كالماء الجاري وهكذا وقع في الكتاب بالفاء والصواب أن يكون بالواو لئلا يلتبس بالجواب فيفسد المعنى ولكن اذا جعلنا الفاء تفسيرية يزول الاشكال وعمدة الشافعي في هذا الباب على القلتين فاذا بلغهما لا ينجس الا بالتغير وبه قال أحمد وعمدة مالك على التغير مطلقا ثم أشار الى تفسير الجاري بقوله (وهو) أي الجاري (ما يذهب بتبنة) وقيل ما يعده الناس جاريا وهو الاصح ثم أشار الى حكم الجاري اذا وقعت فيه نجاسة بقوله (فيتوضأ منه) أي من الجاري الذي وقع فيه النجس (ان لم ير اثره) أي أثر النجس فيه ويجوز ان يعود الضمير في منه الى الماء الدائم الذي بلغ عشرا في عشر وأراد انه يجوز الوضوء منه في غير موضع الوقوع وفي موضع الوقوع أيضا ما لم يتغير في رواية مختارة ثم أشار الى تفسير الاثر بقوله (وهو) أي الاثر (طعم أو لون أو ريح) فهذه أوصاف عارضة على الذات (وموت) مرفوع بالابتداء مضاف الى (ما لا دم) سائل (له فيه) أي في الماء وغيره من المائعات وذلك (كالبق) بتشديد القاف (والذباب) بتخفيف الباء (والزنبور) بضم الزاي بأنواعه حتى النحل (والضفدع) بكسر الضاد وأراد به المائي دون البري (والسرطان) وكذا السمك بأنواعه وقوله (لا ينجسه) خبر المبتدأ أي لا ينجس الماء وعن الشافعي

انها نجسة وبه قال مالك وأحمد فى رواية (والماء) مبتدأ وقوله (المستعمل) صفته أى الذى استعمل فى الوضوء أو الغسل (لقربة) أى لاجل تقرب الى الله تعالى بأن توضأ على وضوء (أو) لاجل رفع (حدث) أصغر أو أكبر وأشار بهذا الى أن سبب الاستعمال هو أحد الامرين المذكورين وهو مذهب أبى يوسف وعن محمد التقرب فقط ثم انما يصير مستعملا (اذا استقر فى مكان) سواء كان أرضا أو اناء أو كف المتوضئ وقيل يصير مستعملا بمجرد الانفصال من العضو وان لم يستقر فى مكان قيل هو الصحيح والذى يصيب منديل المتوضئ أو ثيابه عفو فى الاقوال كلها أما على ما اختاره الشيخ فظاهر واما على القول الآخر فللحرج وقوله (طاهر) خبر المبتدا وأشار بهذا الى صفة الماء المستعمل وعليه الفتوى وعن أبى حنيفة انه نجس مغلظ وبه أخذ الحسن وعنه انه مخفف وبه أخذ أبو يوسف وعند زفر ان كان مستعمله طاهرا فهو طاهر وطهور وان كان غير طاهر فهو طاهر غير طهور وعند مالك طاهر وطهور مطلقا وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى رواية وعنه كالصحيح وأشار بقوله (لا مطهر) الى حكم الماء المستعمل أى لا مطهر للاحداث مطلقا (ومسئلة البئر) كلام اضافى مبتدأ وقوله (جحط) فى موضع الرفع على الخبرية تقديره مسئلة البئر يضبط فيها بحروف جحط فالجيم من النجس والحاء من الحال والطاء من الطاهر صورتها رجل انغمس فى البئر لطلب الدلو وهو جنب فالماء والرجل نجسان عند أبى حنيفة لان بأول الملاقاة تنجس الماء والرجل على حاله لنجاسة الماء المستعمل عنده وعنه الرجل طاهر فى الاصح وعند أبى يوسف كلاهما بحاله أما الرجل فلعدم الصب واما الماء فلعدم التقرب أو ازالة الحدث وعند محمد كلاهما طاهران اما الرجل فلعدم اشتراط الصب واما الماء فلعدم التقرب وانما دلت هذه الحروف الثلاثة على أصحابنا الثلاثة بهذا الترتيب لانهم على هذا الترتيب فى الخارج فالامام هو المقدم ثم أبو يوسف ثم محمد رحمهم الله فلذلك قدم الحرف الذى دل على قول أبى حنيفة ثم الحرف الذى دل على قول أبى يوسف ثم الحرف الذى دل على قول محمد فافهم (وكل اهاب) وهو الجلد الذى لم يدبغ و يتناول ذلك بعمومه جلد ما يؤكل وما لا يؤكل (دبغ) بدباغة حقيقية كالقرظ والشب ونحوهما أو حكمية كالتتريب والتشميس والالقاء فى الريح (فقد طهر) ظاهرا وباطنا خلافا لمالك فى قوله يطهر ظاهره دون باطنه فتجوز الصلاة عليه والوضوء منه عندنا وعن مالك لا تطهر جلود الميتات أصلا وبه قال أحمد فى رواية وعند الشافعى لا يطهر جلد الكلب (الا جلد الخنزير) استثناء من قوله طهر لنجاسة عينه وقيل لعدم قبول جلده الدباغ فعلى هذا الاستثناء من قوله دبغ (و) الا جلد (الآدمى) لكرامته وانما أخره لان الموضع موضع اهانة كما فى قوله تعالى لهدمت صوامع وبيع وصلوات (وشعر الانسان) كلام اضافى مبتدأ (و) شعر (الميتة وعظمهما) بالرفع عطف على الشعر أى عظم الانسان والميتة (طاهران) خبر المبتدا وما عطف عليه وعند الشافعى هما نجسان وقال مالك شعر الميتة طاهر دون عظمها (وينزح) ماء (البئر) والاسناد فيه من قبيل اسم المحل على الحال كجرى الميزاب وسال الوادى (بوقوع نجس) بعد اخراجه منها من أى نوع كان من النجاسة (لا) ينزح (ببعرتى ابل) وقعتا فيها (و) ببعرتى (غنم) للبلوى (و) وقوع (خرء حمام و) خرء (عصفور) لعدم النجاسة فلو وقع ثلاث بعرات ينزح لانه كثير ولا فرق بين الصحيح والمنكسر والرطب واليابس

والخثى والروث لشمول الضرورة وهو الصحيح وكذا لا فرق بين آبار الفلوات والامصار (وبول ما يؤكل) من الحيوانات (نجس) عندهما وقال محمد طاهر لقصة العرنيين (لا) يكون الخارج من بدن الانسان نجسا (ما لم يكن حدثا) كالقيء القليل والدم اذا لم يسل (ولا يشرب) بول ما يؤكل لحمه (اصلا) يعني في حالة من الاحوال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يجوز للتداوي وقال محمد يجوز مطلقا (و) ينزح (عشرون دلوا) قال الشارح هذا معطوف على البئر ثم قال وفيه اشكال وهو أنه يصير معناه ينزح البئر وعشرون دلوا وأربعون وكله فيفسد المعنى وليس هذا بمراد وانما المراد ان ينزح البئر اذا وقع فيها نجس ثم ذلك النجس ينقسم الى ثلاثة أقسام منه ما يوجب عشرين ومنه ما يوجب أربعين ومنه ما يوجب الجميع فليس نزح البئر مغايرا لهذه الثلاثة وانما هو تفسير وتقسيم لذلك النزح المبهم قلت هذا كله تعسف وانما فيه حذف والتقدير وينزح من البئر عشرون دلوا عند وقوع نحو فأرة وهذه الجملة معطوفة على الجملة الاولى وبين في الجملة الاولى ان الحكم نزح كل الماء وفي الجمل المعطوفة نزح البعض بحسب الواقع وقوله (وسطا) صفة للدلو وهي الدلو المستعملة في الآبار بالبلدان ويقال الكبير ما زاد على الصاع والصغير ما دون الصاع والوسط الصاع وقيل عشرة ارطال وانما يجب نزح العشرين (بموت نحو فأرة) وما يقاربها في الجثة كالصعوة والسودانية وسام أبرص بشرط أن لا تكون مجروحة فان في المجروحة ينزح جميع الماء والفأرتان كفأرة وعن أبي يوسف الى أربع كفأرة والخمس كالدجاجة الى تسع والعشر كالشاة (و) ينزح (أربعون) دلوا وسطا (بنحو حمامة) وهرة ودجاجة ونحوها (و) ينزح (كله) أي كل ماء البئر (بنحو شاة) وآدمي وكلب ونحوها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم أفتيا بذلك حين مات الزنجي في بئر زمزم ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فكان اجماعا رواه الطحاوي (و) كذا ينزح كله لاجل (انتفاخ حيوان) واقع فيها (أو) لاجل (تفسخه) صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء (و) ينزح من البئر (مائتان) من الدلاء في الصورة التي يجب نزح الكل (لو لم يمكن نزحها) لكونها معينا وهذه فتوى محمد رحمه الله وعن أبي حنيفة ينزح حتى يغلبهم الماء والغلبة قيل هي العجز وقيل غلبة الظن (ونجسها) أي نجس البئر (منذ ثلاث) ليال وانما قدرنا بليال دون الايام لانه ذكر الثلاث بدون التاء ولا فرق بينهما في الحقيقة لانه اذا تمت احداهما ثلاثة تمت الاخرى وقوله (فأرة) بالرفع فاعل نجس ووصفها بقوله (منتفخة) لانها اذا لم تنتفخ لها حكم آخر كما يأتي الآن وهو أعم من أن تقع في البئر حية وتموت ثم تنتفخ أو تقع ميتة منتفخة والحال انه قد (جهل) أي لم يدر (وقت وقوعها) فيها قيد بذلك لانه اذا علم وقت وقوعها تنجس البئر من وقت الوقوع بالاتفاق (والا) أي وان لم تكن منتفخة نجسها (منذ يوم وليلة) وهذا عند أبي حنيفة وقالا يحكم بنجاستها من وقت العلم بها مطلقا ولا يلزمهم اعادة شيء من الصلوات ولا غسل ما أصابه ماؤها وهو القياس وله وهو الاستحسان ان وقوع الحيوان الدموي في الماء سبب لموته لا سيما في البئر فيحال به على السبب الظاهر دون الموهوم احتياطا كالمجروح اذا لم يزل صاحب فراش حتى مات يحال به على الجرح حتى يجب موجبه وأما التقدير بالثلاث في المنتفخ فلانه لا ينتفخ غالبا الا بعد ثلاثة أيام ويوم وليلة في غيره فلان ما دونهما ساعات لا تنضبط (والعرق) أي عرق كل حيوان في الحكم

(كالسؤر) أى كسؤر ذلك الحيوان فان كان طاهرا فعرقه طاهر وان كان نجسا فنجس وان كان مكروها فمكروه وكان القياس على هذا ان يكون عرق الحمار مشكوكا فيه كسؤره ولكن خص هذا بالنص وهو ركوبه عليه السلام الحمار معرورا والحر حر الحجاز والثقل ثقل النبوة (وسؤر الآدمى) وهى بقية الماء التى يبقيها وسواء كان طاهرا أو جنبا أو محدثا أو حائضا او نفساء أو صغيرا أو كبيرا أو مسلما أو كافرا أو ذكرا أو أنثى الا حالة شرب الخمر فان بلع ريقه ثلاث مرات طهر فمه وكان ينبغى أن يتنجس سؤر الجنب لسقوط الفرض به ولكن قيل لم يرفع الحدث للضرورة وقيل يرفع ولكن لا يصير مستعملا للحرج وانما قال (والفرس) وان كان داخلا فى قوله (و) سؤر (ما يؤكل) لحمه لاجل الاختلاف فى اكل لحمه ولكن سؤره طاهر لان لعابه متولد من لحمه وهو طاهر وحرمته على قول أبى حنيفة لكونه آلة للجهاد لا لنجاسته ألا ترى أن لبنه حلال بالاجماع وقوله (طاهر) خبر المبتدا أعنى قوله وسؤر الآدمى (والكلب) بالرفع على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه أى وسؤر الكلب (و) سؤر (الخنزير و) سؤر (سباع البهائم) كالاسد والنمر والذئب ونحوها (نجس) خلافا لمالك فى الكلب والخنزير وللشافعى فى سباع البهائم ولا يجوز جره عطفا على ما قبله من المجرور على أصل سيبويه لانه يلزم العطف على عاملين وهو ممتنع خلافا للفراء ولو قيل انه مجرور بعد حذف المضاف وترك المضاف اليه على حاله كان جائزا ولكنه قليل (و) سؤر (الهرة و) سؤر (الدجاجة المخلاة) أى المسيبة وكذلك الابل والبقر الجلالة (و) سؤر (سباع الطير) كالعقاب والصقر والشاهين ونحوها (و) سؤر (سواكن البيوت) كالحية والعقرب والفأرة ونحوها (مكروه) والكلام فيه كالكلام فيما قبله أما الهرة فلقوله عليه السلام السنور سبع أخرجه الحاكم والمراد بيان الحكم وقال أبو يوسف سؤرها طاهر لا كراهة فيه لحديث الاصغاء وبه قالت الثلاثة ولهما ان الحديث يقتضى تنجسه ولكنه سقط لعلة الطوف فالقول بالكراهة جمع بين الدليلين هذا اذا كان واجدا للماء وعند عدمه لا يكره لانه طاهر لا يجوز المصير الى التيمم مع وجوده وأما الدجاجة المخلاة فلانها لا تتحامى من النجاسة وأما سباع الطير فالقياس أن يكون سؤرها نجسا لان لحمها حرام ولكنها لما كانت تشرب بمنقارها وهو عظم جاف لم يؤثر فى تنجيسها فبقى على الكراهة وأما سواكن البيوت فللضرورة والا فالقياس يقتضى التنجيس (و) سؤر (الحمار و) سؤر (البغل مشكوك) فيه فقيل فى طهارته وقيل فى طهوريته وقيل فيهما جميعا وذلك لتعارض النصوص فى حق الحمار وأما البغل فهو من نسله ومعنى الشك التوقف فيه فلا ينجس الطاهر ولا يطهر النجس هذا اذا كانت أمه أتانا فظاهر لان الام هى المعتبرة فى الحكم وان كان فرسا فينبغى أن يؤكل عندهما وطاهرا عند أبى حنيفة وفى الغاية اذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عند محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا واذا كانت أمه بقرة ينبغى أن يؤكل بالاتفاق فاذا كان كذلك (يتوضأ به) أى بالمشكوك (ويتيمم ان فقد) أى عدم (ماء) مطلقا لم يرتفع الحدث بيقين (وأيا) أى أى الاثنين من الوضوء به والتيمم (قدم صح) لان المقصود حصول الطهارة باليقين وقال زفر لا بد من تقدم الوضوء (بخلاف نبيذ التمر) حيث لا يجمع بينه وبين التيمم بل يتوضأ به عند أبى حنيفة لحديث ليلة الجن وهو مذهب على وابن عباس وجماعة من التابعين رضى الله عنهم وعند أبى

يوسف وهورواية عنه أنه يتيمم ولا يتوضأ به لانه ليس بماء مطلق ولهذا انتفى عنه ابن مسعود رضى الله تعالى عنه اسم الماء وقال محمد وهورواية عنه انه يجمع بينهما احتياطا والفتوى على قول أبي يوسف وروى نوح رجوع أبي حنيفة الى قوله ويشترط النية عند التوضؤ به كالتيمم واختلفوا في جواز الغسل به قال في المبسوط يجوز على الاصح وقال في المفيد الاصح أنه لا يجوز واختلفوا في النبيذ الذي يجوز التوضؤ به قال في المفيد والمزيد الماء الذي ألقى فيه تمرات فصار حلوا ولم يزل عنه اسم الماء وهورقيق يجوز الوضوء به بلا خلاف بين أصحابنا وان طبخ أدنى طبخة يجوز الوضوء به حلوا كان أومرا أومسكرا قال وهو الاصح لان المتنازع فيه المطبوخ الذي زال عنه اسم الماء وقال صاحب الهداية وان غيرته النار مادام حلوا فهو على هذا الاختلاف فعند أبي حنيفة يجوز التوضؤ به لانه يجوز شربه عنده وهذا يناقض ماذكره هو بنفسه في باب الماء الذي يجوز به الوضوء لانه قال هنالك وان تغير بالطبخ بعد ماخلط به غيره لا يجوز التوضؤ به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته

هذا (باب) في بيان أحكام (التيمم)

ثلث به تأسيا بكتاب الله تعالى أولانه قدم الوضوء لانه الاعم ثم الغسل لانه الاقل ثم بالخلف لانه أبدا يلي الاصل وهو لغة القصد قال الشاعر

فلا أدرى اذا يممت أرضا * أريد الخير أيهما يليني

وشرعا قصد الصعيد الطاهر واستعماله بصفة مخصوصة لاقامة القربة (يتيمم) المكلف (لبعده) أى لاجل بعد نفسه (ميلا) أى مقدار ميل وهو ثلث الفرسخ أربعة آلاف خطوة وهي ذراع ونصف بذراع العامة وهو أربع وعشرون اصبعا بعدد حروف لا اله الا الله محمد رسول الله وسواء كان ذلك في المصر أوخارجها وقيل في المسافر اذا كان الماء امامه يقدر بميلين وعن محمد أنه يقدر بميلين مطلقا وماذكره المصنف هو أقرب الاقوال وقوله (عن ماء) يتعلق بالبعد وقوله (أو) في المواضع كلها للتنويع والتقسيم أى أو يتيمم أيضا (لمرض) أى لاجل مرض سواء خاف ازدياده أوطوله باستعمال الماء أوبالتحرك أولم يقدر على استعماله بنفسه ولم يوجد من يوضؤه فان وجد ففي ظاهر المذهب لا يتيمم وعن أبي حنيفة انه يتيمم خلافا لهما وعند الشافعي لا يجوز الا اذا خاف على نفسه أوعضوه وبه قال أحمد (أو) لاجل (برد) سواء كان مقيما أومسافرا كان محدثا أوجنبا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز للمقيم والصحيح أنه لا يجوز للمقيم المحدث (أو) لاجل (خوف عدو) حائل بينه وبين الماء (أو) لاجل خوف (سبع) حائل بينهما وكذلك الحية والنار (أو) لاجل خوف (عطش) على نفسه أورفيقه أودابته وقيل أوعلى كلبه أيضا (أو) لاجل (فقد آلة) السقى والاخذ لانه كالعدم (مستوعبا) حال من الضمير الذى في يتيمم من الاحوال المقدرة ويجوز أن يكون صفة لمصدر محذوف أى يتيمم تيمما مستوعبا (وجهه ويديه) وعن أبي حنيفة ان الاستيعاب ليس بشرط والفتوى على الاول حتى يحرك الرجل خاتمه والمرأة سوارها أوينزعانهما وأشار بقوله (مع مرفقيه) الى أنهما يدخلان في المسح وبه قال الشافعي وقال مالك وأحمد يمسح يديه الى الرسغين وقال زفر لا يدخل المرفقان كما في الوضوء والباء في (بضربتين) يتعلق بقوله يتيمم ويجوز أن يتعلق بمستوعبا وعن مالك يكتفى

بضربة

بضربة واحـدة وبه قال أحمد فى رواية وداود (ولو) كان المتيمم (جنبا أو حائضا) أو نفساء فانه يكفى ضربتان لحديث عمار رضى الله عنـه والباء فى قوله (بطاهر) فى محل الجر صفة لضربتين أى بضربتين ملتصقتين بطاهر ولما كان الطاهر فى نفسه عاما يتناول كل طاهر بينه بمن البيانية بقوله (من جنس الارض) كالـتراب والحجر والـكحل والزرنيخ والنورة والجص والمغرة والكبريت والياقوت والزبرجد والبلخش والفيروزج والمرجان والملح الجبلى لا المائى والخزف من طين خالص والذهب والفضة والحديد والنحاس مادامت على الارض وبعد السبك لايجوز وقال الشافعى لايجوز الا بالتراب الخالص وقال أبو يوسف به وبالرمل خاصة وقال مالك يجوز بكل متصل بالارض حتى الثلج والنبات (وان) واصلة بما قبله أى وان (لم يكن عليه) أى على الطاهر من جنس الارض (نقع) أى غبار وهو بفتح النون وسكون القاف وفى آخره عين مهملة وهذا عند أبى حنيفة وقال محمد لايجوز ان لم يكن عليه نقع والباء فى (وبه) تتعلق بمحذوف أى ويجوز التيمم أيضا بالنقع فان نفض ثوبا أو حصيرا طاهرا ثم تيمم بغباره جاز ذلك (بلا عجز) ايضا وقال أبو يوسف لايجوز الا عنـد العجز عن التراب وانتصاب (ناويا) على الحال من الضمير الذى فى يتيمم فينوى عبادة مقصودة كصلاة الظهر مثلا أو سجدة التلاوة حتى لو تيمم لدخول المسجد أو الاذان أو الاقامة لايؤدّى به الصلاة وفى التيمم لقراءة القرآن روايتان قيل الصحيح انه لايجوز وقال زفر لايشترط النية كما فى الوضوء ثم فرع على هـذا بالفاء بقوله (فلغا) يعنى اذا كانت النيـة فرضا فحينـئذ لغا (تيمم كافر) لعدم القربة حتى اذا أسلم لايصلى به خلافا لزفر (لا) يلغو (وضوءه) اذا توضأ فى كفره فان المأمور به فيـه هو غسل الاعضاء وقد وجد حتى لو أسلم يجوز له أن يصلى بذلك الوضوء خلافا للشافعى وعن أبى يوسف اذا تيمم لنية الاسلام ثم أسلم صح ويصلى به (ولا ينقضه) أى التيمم (ردّة) خـلافا لزفر على قول من يرى بوجوب النية كما تكلم أبو حنيـفة فى المزارعة على قول من يراها (بل) ينقضه (نواقض الوضوء) لانه خلف عنه فيأخذ حكمه (و) ينقضه أيضا (قدرة ماء) بشرطين الاول أن لايكون محتاجا اليـه فى شرب نفسه أو رفيقه أو دابته او كلبه أو لعجينه أشار اليه بقوله (فضل عن حاجته) والجملة صفة للماء والثانى وهو الذى أهمله المصنف أن يكون كافيا للوضوء (فهى) أى القـدرة على الماء (تمنع التيمم) ابتداء (وترفعـه) أى التيمم انتهاء يعنى بعدما تيمم ولا فرق فيه فى الصلاة أو خارجها وقال الشافعى لا ينتقض تيممه اذا وجده وهو فى الصلاة (وراجى الماء) بعد فقـده (يؤخر الصلاة) استحبابا التقع بأكمل الطهارتين وقال الشافعى لايؤخر مالم يتيقن وقال مالك يتيمم فى وسط الوقت لايؤخرجـدا ولا يعجله وقال أحـمد التأخير أفضل بكل حال (وصح) التيمم (قبل) دخول (الوقت) لانه طهارة مطلقة وقال الشافعى لايجوز لعدم الاحتياج (و) يصح تيمم واحد أيضا (لفرضين) وأكثر لما ذكرنا وقال الشافعى لايصح الا لفرض واحد مع أتباعه (و) صح أيضا لاجل (خوف فوت صـلاة جنازة) اذا لم يكن وليها لانه ينتظر وفى ظاهر الرواية يجوز للولى أيضا وقال الشافـعى لايجوز أصـلا (و) خوف فوت صلاة (عيد) خلافا للشافعى أيضا وفى البدائع الامام فى العيد لا يتيمم فى رواية الحسن وفى ظاهر الرواية يجزيه لانه يخاف الفوت بزوال الشمس حتى لو لم يخف لايجزيه (ولو) كان مصـلى العيد يبنى (بناء) بأن شرع بالوضوء ثم أحدث جاز له التيمم عند أبى حنيفة خلافا لهما قيل هـذا

اختلاف زمان لا برهان (لا) يصح التيمم لاجل خوف (فوت) صلاة (جمعة و) صلاة (وقت) لان لهما خلفا وقال زفر ومالك يجوز لخوف الوقتية (ولم يعد) المصلى صلاته (ان صلى به) أى التيمم (و) الحال أنه قد (نسى الماء فى رحله) أى منزله وقال أبو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره أو بغير أمره وهو يعلمه وان كان بغير علمه لا يعيد اتفاقا ولو كان معلقا على دابة فان كان راكبا وكان الماء فى مؤخرها فهو على الخلاف وان كان فى مقدمها يعيد بالاتفاق وان كان سائقا فالحكم بالعكس وان كان قائدا جازله كيفما كان ولو كان على شاطئ النهر فعن أبي يوسف روايتان فى الاعادة ذكره فى المحيط (ويطلبه) أى الماء (غلوة) أى قدر غلوة وهى رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى أربعمائة (ان ظن قربه) أى قرب الماء لان غلبة الظن كاليقين (والا) أى وان لم يظن (لا) يجب الطلب وقال الشافعى يجب ولا يتيمم حتى يطلبه (ويطلبه) أى الماء (من رفيقه) فلو تيمم قبل الطلب جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما (فان منعه) أى فان منع رفيقه الماء (تيمم) بلا خلاف (وان لم يعطه) أى الماء رفيقه (الا بثمن مثله) فى ذلك الزمان والمكان (و) الحال ان (له ثمنه لا يتيمم) بل يشتريه ويتوضأ (والا) أى وان لم يعطه أصلا أو أعطاه ولكن بثمن أكثر من ثمن المثل بأن طلب درهما ونصفا فيما يساوى درهما (تيمم) دفعا للضرر وعن الحسن البصرى يلزمه الشراء بجميع ماله فلا يؤخذ بهذا (ولو) كان (أكثره) أى اكثر بدن المكلف (مجروحا) والاقل صحيحا (تيمم) ولا يغسل الصحيح لئلا يكون جامعا بين البدل والمبدل (وبعكسه) وهو ما اذا كان أكثر بدنه صحيحا وأقله مجروحا (يغسل) الصحيح ويمسح على الجبائر المشدودة (ولا يجمع بينهما) أى بين الغسل والتيمم وقال الشافعى يغسل الاعضاء الصحيحة ويتيمم على الاعضاء الجريحة وبه قال أحمد

هذا * (باب) فى بيان أحكام (المسح على الخفين) *

انما أخره وان كان الوجه تقديمه على التيمم لكونه خلفا عن البعض أولانه ثابت بالسنة والتيمم بالكتاب فيكون أقوى (صح) المسح على الخفين (ولو) كان المكلف الذى يريد المسح (امرأة) لعموم النص ونبه بلفظ صح على أنه اذا ترك المسح فلا بأس عليه بخلاف التيمم فانه فرض عند عدم الماء (لا) يصح المسح اذا كان (جنبا) بأن توضأ ولبس الخفين ثم أجنب فتيمم للجنابة ثم أحدث ومعه ماء يكفى للوضوء لا يجوز له المسح لان الجنابة سرت الى القدمين (ان لبسهما) أى الخفين (على وضوء تام) احترز به عن وضوء غير مسبغ بأن بقى من أعضائه لمعة لم يصبها الماء فأحدث قبل الاستيعاب لا يجوز له المسح وعن وضوء ناقص أيضا بأى شئ كان نقصه كوضوء المستحاضة ومن بمعناها اذا لبسوا الخف ثم خرج الوقت وكالمتيمم اذا لبس خفيه ثم وجد الماء فانهم لا يمسحون لعدم اللبس على وضوء تام وعن الوضوء بنبيذ التمر لانه وضوء ناقص فلا يجوز المسح فى رواية ويجوز فى أخرى كسؤر الحمار ثم تمامه عندنا (وقت الحدث) ووقت اللبس عند الشافعى حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتم الوضوء قبل أن يحدث جاز له المسح وكذا لو لبسهما محدثا وخاض الماء حتى دخل الماء فيهما ثم أتم سائر الاعضاء ثم أحدث جاز له أيضا خلافا له فيهما ثم أشار الى بيان مدة المسح بقوله (يوما وليلة) مضروبتين (للمقيم) وقال مالك لا يجوز للمقيم (وللمسافر ثلاثا) أى ثلاث ليال بأيامها وقال مالك يترخص بلا مدة والحجة عليه ما روى عنه

عليه

عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ثم ابتداء مدته تعتبر (من وقت الحدث) الذى يوجد بعد اللبس وعند الثلاثة من وقت اللبس وعن أحمد من وقت المسح حتى لو توضأ مقيم عند طلوع الفجر ولبس عند طلوع الشمس وأحدث بعد ما صلى الظهر يصلى الظهر من الغد بالمسح لا العصر وعندهم لا يصلى الظهر أيضا بالمسح ثم أشار الى بيان محل المسح بقوله (على ظاهرهما) ويتعلق الجار والمجرور بالمحذوف أى يمسح على ظاهر الخفين فلا يجوز مسح باطنه أو عقبيه أو ساقيه أو جانبيه أو كعبيه وقال مالك والشافعى فى قول يمسح على ظاهره وباطنه ويمسح (مرة) واحدة بلا خلاف وقال عطاء ثلاثا كالغسل والباء فى (بثلاث أصابع) يتعلق بالمحذوف الذى قدرناه أى يمسح بثلاث أصابع من أصابع اليد لانها آلته وقال الكرخى من أصابع الرجل والاول أصح وقيد بالثلاث لانه اذا مسح باصبعين لم يجزه وكذا لو مسح باصبع واحدة ثلاثا من غير ان يأخذ ماء جديدا ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات وأخذ لكل مرة ماء جديدا جاز (يبدأ) الماسح (من الاصابع) أى من أصابع رجله (الى الساق) ولو بدأ من الساق جاز وترك السنة (والخرق الكبير) بالباء الموحدة وبالثاء المثلثة أيضا الحاصل فى الخف (يمنع) المسح وعند مالك لا يمنع الا اذا ظهر أكثر القدم (وهو) أى الخرق الكبير (قدر ثلاث اصابع القدم) لانها أصل فى القدم حتى يجب بقطعها الدية وللاكثر حكم الكل والثلاث أكثرها وأقل من هذا لا يمنع خلافا لزفر والشافعى فى قول وقوله (أصغرها) بالجر بدل من الاصابع ويجوز بالرفع على انه خبر مبتدا محذوف أى هى أصغرها والنصب على تقديرا عنى أصغرها والاعتبار به للاحتياط (ويجمع) الخرق (فى خف) واحد (لا) يجمع (فيهما) أى فى خفين لان الرجلين عضوان حقيقة فعمل بها والخرق الذى يجمع أقله ماتدخل فيه المسلة ومادونه لا يعتبر الحاقا له بموضع الخرز (بخلاف النجاسة) المتفرقة فى خفيه أو ثوبه أو بدنه أو مكانه أو فى المجموع حيث تجمع (و) بخلاف (الانكشاف) أى انكشاف العورة المتفرق كانكشاف شئ من فرج المراة وشئ من بطنها وشئ من فخذها وشئ من ساقها حيث يجمع فيمنع جواز الصلاة وذلك لان النجاسة والانكشاف يمنعان لعينهما فيستوى فيه الاحوال بخلاف الخرق (وينقضه) أى المسح (ناقض الوضوء) لانه بعضه (ونزع خف) أيضا لسريان الحدث الى الرجل بالنزع فاذا كان نزع خف ناقضا فنزع الخفين أولى (و) ينقضه أيضا (مضى المدة) لسريان الحدث بمضيها فينزعهما ويغسلهما (ان لم يخف ذهاب رجليه من البرد) للضرورة (وبعدهما) أى وبعد النزع والمضى (غسل رجليه فقط) يعنى لا يعيد الوضوء خلافا للشافعى (وخروج أكثر القدم) الى الساق وكذا اخراجه (نزع) فينقض المسح لان للاكثر حكم الكل وهذا قول أبى يوسف اختاره الشيخ فى المتن وعن أبى حنيفة ان زال عقب الرجل أو أكثره بطل وعن محمد ان بقى من ظهر القدم قدر ثلاث أصابع لم يبطل وعليه اكثر المشايخ وان كان صدر القدم فى موضعه والعقب يدخل ويخرج لم يبطل (ولو مسح مقيم فسافر قبل تمام (يوم وليلة مسح ثلاثا) أى ثلاثة أيام وقال الشافعى ان سافر بعد ما مسح يتم يوما وليلة لا غير (ولو اقام مسافر بعد) مسح (يوم وليلة نزع) خفيه لانه صار مقيما فلا يمسح أكثر منهما (والا) أى وان لم يقم الا قبل يوم وليلة (يتم يوما وليلة) لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم (وصح) المسح

(على الموق) وهو الجرموق الذي يلبس فوق الخف وقال الشافعي لايجوز (و) صح أيضا على (الجورب المجلد) وهو الذي خيط عليه الجلد مغطى (و) على الجورب (المنعل) وهو الذي خيط على أسفله الجلد كصورة النعل (و) على الجورب (الثخين) وهو الذي يستمسك على الساق من غير ربط وان لايرى ما تحته وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لايجوز ويروى رجوعه الى قولهما قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وعليه الفتوى لما روى أنه عليه السلام توضأ ومسح على الجوربين والنعلين رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح (لا) يمسح (على عمامة) خلافا لاحمد اذا تعمم على طهر (و) لا على (قلنسوة و) لا على (برقع) بضم الباء والقاف وهو الذي تغطى به النساء وجوهها ويجمع على براقع (و) لا على (قفازين) بضم القاف وتشديد الفاء تثنية قفاز وهو شئ تلبسه النساء في أيديهن حفظا لها ومنه الجلد الذي يلبسه الصيادون في ايديهم ويمسكون الجوارح عليه ويسمونه كفة (والمسح على الجبيرة) وهي العيدان التي تجبر بها العظام المكسورة (و) المسح على (خرقة القرحة ونحو ذلك) كعصابة الفصد وعصابة الجراحة (كالغسل) لما تحتها وليس ببدل حتى يجمع مع الغسل (فلا يتوقت) بمدة لا في حق المقيم ولا في حق المسافر وانما ذكره بالفاء لانه نتيجة قوله كالغسل (ويجمع) المسح (مع الغسل) لانه ليس ببدل كما ذكرنا (ويجوز) المسح على الجبيرة ونحوها (وان شدها) أي الجبيرة (بلا وضوء) لان في اعتباره حرجا بخلاف الخف (ويمسح على كل العصابة) وهي ما تعصب به الجراحة أي تشد (كان تحتها) أي تحت العصابة (جراحة أولا) يكون وذلك باعتبار التبعية (فان سقطت) الجبيرة (عن برء) أي لاجل برء (بطل المسح) لزوال العذر وان كان في الصلاة استقبلها (والا) أي وان لم تسقط عن برء بل سقطت لا عن برء (لا) يبطل لبقاء العذر وان كان في صلاته مضى عليها (ولا يفتقر) الماسح (الى النية في مسح الخف و) في مسح (الرأس) خلافا للشافعي

قوله والنعلين كذا في خط المصنف ولعله المنعلين بالميم فلينظر اه من هامش

هذا (باب) في بيان أحكام (الحيض)

هو في اللغة السيلان يقال حاض السيل والوادي وحاضت الارنب والسمرة اذا سال منها الصمغ وفي الشرع (هو دم ينفضه) اي يسكبه ويدفعه (رحم امرأة) احترز به عن الرعاف والدماء الخارجة عن الجراحات وبقوله (سليمة عن داء) عن دم النفاس فان النفساء في حكم المريضة حتى اعتبرت تبرعاتها من الثلث وعن دم خرج من جراحة أو دمل في الرحم وبقوله (وصغر) عن دم تراه الصغيرة قبل أن تبلغ تسع سنين فانه ليس بمعتبر في الشرع وهذا القيد مستدرك لان ما تراه الصغيرة استحاضة وليس بدم رحم فخرج بالقيد الاول (وأقله) أي أقل الحيض (ثلاثة أيام) بلياليها عند أبي حنيفة ومحمد ويومان وأكثر الثالث عند أبي يوسف ويوم وليلة عند الشافعي وأحمد وساعة عند مالك والحجة عليهم ما رواه الدارقطني عن النبي عليه السلام أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام (وأكثره) أي أكثر الحيض (عشرة) أيام لما روينا وعند الشافعي خمسة عشر يوما وبه قال مالك وأحمد في رواية وهي رواية عن أبي يوسف وأبي حنيفة أولا وعند أحمد في الاظهر سبعة عشر يوما وعن مالك لا حد لقليله ولا لكثيره (وما) أي الذي (نقص) من الثلاثة (أو زاد) على العشرة (استحاضة) لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره (وما) أي الذي (سوى البياض الخالص) كالحمرة والصفرة والخضرة والكدرة

والتربية

والتربية (حيض) لقول عائشة رضي الله عنها لا حتى ترين القصة البيضاء وقال أبو يوسف الكدرة لا تكون حيضا الا بعد الحمرة أو الصفرة وقال الشافعي دم الحيض عبيط أسود فالحمرة والصفرة والكدرة لا تكون حيضا وأشار بقوله (يمنع) الى آخره الى حكم الحيض وهو خبر مبتدا محذوف أي الحيض يمنع (صلاة) أصلا أداء وقضاء (وصوما) أداء لا قضاء فلذلك قال (وتقضيه) أي وتقضي الحائض الصوم (دونها) أي دون الصلاة لان فيها حرجا بخلاف الصوم والنفاس كذلك لانه ملحق به (و) يمنع أيضا (دخول مسجد) وعند الشافعي يباح على وجه العبور (و) يمنع أيضا (الطواف) بالبيت لانه يكون في المسجد فان قلت اذا كان دخول المسجد حراما فالطواف أولى فما الحاجة الى ذكره قلت لئلا يتوهم انه لما جازلها الوقوف مع انه أقوى اركان الحج فلأن يجوز الطواف أولى (و) يمنع أيضا (قربان ما تحت الازار) وهو ما بين السرة والركبة وقال محمد يجوز له الاستمتاع منها بما دون الفرج لان الاذى فيه وبه قال أبو يوسف في رواية والاصح عنه أنه مع أبي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك (و) يمنع أيضا (قراءة القرآن) والتوراة والانجيل والزبور والقنوت في رواية وعن مالك يجوز لها قراءة القرآن وعن الطحاوي يباح لها ما دون الاية (و) يمنع أيضا (مسه) أي مس القرآن أي المصحف وكذا كتب الفقه والتفسير والسنن والدرهم والدينار الذي فيه سورة واللوح الذي فيه سورة لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون (الا بغلاف) منفصل عنه كالخريطة وهو الصحيح وقيل الجلد الذي عليه ولا يكره مسه بالكم عند الجمهور ومس حواشيه عند البعض (ومنع الحدث) الاصغر (المس) أي مس القرآن (ومنعهما) أي المس والقراءة (الجنابة والنفاس) فكل ما حرم بالاصغر حرم بالاكبر من غير عكس (ويوطأ) المرأة التي انقطع دمها (بلا غسل) عليها (بتصرم) أي بانقطاع دمها (لاكثره) أي لاكثر الحيض (و) بتصرم (لاقله) أي لاقل الحيض (لا) يوطأ (حتى تغتسل) هي (أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة) كاملة وهو قدر ما تقدر على الاغتسال والتحريمة وقال زفر والثلاثة لا يجوز وطؤها مطلقا الا بالغسل لقراءة التشديد ونحن حملنا هذه على ما اذا انقطع لاقل من عشرة والتخفيف على العشرة عملا بهما (والطهر) المتخلل (بين الدمين في المدة) أي في مدة الحيض ومدة النفاس (حيض) في مدة الحيض (ونفاس) في مدة النفاس ففي المسئلة الاولى خلاف محمد فعنده ان كان الطهر غالبا على الدمين كان فاصلا بأن كان ثلاثة ايام فصاعدا وان كان مغلوبا أو مساويا لهما كان تبعا ولم يكن فاصلا ثم ان كان غالبا عليهما فان صلح الدم الاول للحيض كان حيضا والثاني استحاضة وان صلح الثاني منهما للحيض كان الاول استحاضة وان لم يصلحا فهما استحاضة ولا يتصور أن يصلحا للحيض لان الطهر حينئذ يصير أقل منهما * صورها على التفصيل والبيان رأت دما يومين وطهرا يومين ودما يومين فالستة حيض لغلبة الدمين ولو رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما فالستة حيض لاستوائهما ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما فصل الطهر والدمان المكتنفان استحاضة ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فصل الطهر والاول حيض لصلاحيته والثاني استحاضة ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فصل الطهر والاول استحاضة والثاني حيض وعندهما كل ذلك حيض ومن أصل محمد أيضا انه لا يبتدأ الحيض بالطهر ولا يختم به سواء كان قبله

وبعده دم أم لا ولا ينقلب طهرها حيضا عنده باحاطة الدمين وعندهما يبتدأ الحيض بالطهر ويختم به بشرط أن يكون قبله وبعده دم ويجعل الطهر حيضا باحاطة الدمين به فان كان قبله دم ولم يكن بعده يجوز بدء الحيض بالطهر ولا يجوز ختمه به وان كان بعده دم ولم يكن قبله يجوز ختم الحيض بالطهر ولا يجوز بدؤه به * بيان هذا مبتدأة رأت يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت حيض عندهما وكذا ثلاثة عشر أو اثنا عشر أو عشرة أو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما فالعشرة من الاول حيض عندهما قال فى المحيط وهو الاصح وفى المسئلة الثانية خلاف أبى حنيفة فعنده الطهر المتخلل بين الاربعين لا يفصل ولو كان خمسة عشر يوما وعندهما ان كان خمسة عشر يوما كان فاصلا وما بعده حيض ان صلح والا كان استحاضة وان كان أقل منها كان طهرا فاسدا وهو نفاس كله (وأقل الطهر) الفاصل بين الدمين (خمسة عشر يوما) كذا روى عن ابراهيم النخعى ولا يعرف ذلك الا سماعا لانه من المقادير وروى أبو طوالة عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وجعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن النبى عليه السلام انه قال أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوما وفيه كلام ومثله عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن النبى عليه السلام وبه قال الثورى والشافعى وأصحابه أجمع قال أبو اسحق الشيرازى لا أعرف فيه خلافا وقال القاضى أبو الطيب أجمع الناس على ان أقل الطهر خمسة عشر يوما وفيه نظر لان أبا عمر ذكر فى التمهيد اضطراب قول مالك وأصحابه فعن ابن القاسم عنه عشرة أيام وعن ابن الماجشون خمسة وعنه ثمانية وبه قال سحنون وعن أحمد فى رواية الاثرم ثلاثة عشر يوما وعند اسحق عشرة أيام وعن عطاء ويحيى بن أكثم تسعة عشر يوما وبه قال أبو حازم وعن مالك الطهر ما وجد مطلقا (ولا حد لاكثره) أى لاكثر الطهر لانه قد يمتد الى سنة والى سنتين وقد لا ترى الحيض أصلا فلا يمكن تقديره فحينئذ تصلى وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها (الا عند نصب العادة) لها (فى زمان الاستمرار) أى استمرار الدم بها فاذا استمر يحتاج الى نصب العادة فهل يقدر طهرها بشئ أم لا اختلفوا فيه فقال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزى وأبو حازم عبد الحميد لا يقدر طهرها بشئ ولا تنقضى عدتها أبدا وقالت العامة يقدر طهرها للضرورة والبلوى ثم اختلفوا فقال محمد بن ابراهيم الميدانى يقدر بستة أشهر الا ساعة ونص فى شرح الوقاية أن هذا هو الاصح لان العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل وأقل مدة الحمل ستة أشهر فانتقص عن هذا بشئ وهو الساعة وعن ابن سماعة يقدر بشهرين وقال محمد بن مقاتل الرازى وأبو على الدقاق يقدر بسبعة وخمسين يوما وقال الزعفرانى يقدر بسبعة وعشرين يوما لان الشهر يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة فيبقى الطهر سبعة وعشرين يوما قال فى المحيط مثال ذلك امرأة حاضت عشرة وطهرت عشرين يوما واستمر بها الدم فعادتها فى الحيض عشرة وفى الطهر عشرون يوما فان طهرت خمسين يوما ثم استمر بها الدم فعادتها فى الطهر خمسون فان طهرت ستين فعادتها فى الطهر ستون فان زادت فى الطهر على ستين بعد ما حاضت عشرة ثم استمر بها الدم تنتقل عادتها فى الطهر الى عشرين فى قول محمد وهو الاصح ولو طلقها زوجها تنقضى عدتها على قول محمد فى سبعة أشهر لجواز انه كان طلقها فى أول الطهر فتحتاج الى ثلاثة أطهار فى ستة أشهر

وثلاث

وثلاث حيض بشهر كل حيض عشرة أيام ويخرج على كل قول نحو ذلك ومثل فى البدائع بمبتدأة حاضت عشر أيام وطهرت سنة ثم استمر بها الدم فعند أبى عصمة تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى سنة هكذا أبدا إذ لا غاية لاكثر الطهر عنده فان طلقها زوجها تنقضى عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما وعند العامة تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى عشرين كما لو بلغت مستحاضة ومثل فى الغاية بمبتدأة رأت عشرة دما وستة أشهر طهرا ثم استمر بها الدم تنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لانا نحتاج الى ثلاث حيض كل حيض عشرة ايام والى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر الا ساعة ثم اعلم ان الاستمرار على نوعين متصل ومنفصل فالمتصل أن يستمر بها الدم فى جميع الاوقات فان كانت مبتدأة فحيضها عشرة أيام من أول ما رأت وطهرها عشرون الى أن تموت أو تطهر وبه قال مالك وداود وقال زفر ترد الى أقل الحيض وهو أحد قولى الشافعى وفى قول آخر ترد الى ست أو سبع وقال أحمد ان زاد على يوم وليلة تجعل حيضها يوما وليلة ثم تغتسل عقيبها وتتوضأ لكل صلاة وتصوم ولا يأتيها زوجها فان انقطع دمها لاكثر الحيض فما دونه اغتسلت غسلا ثانيا وصنعت فى الشهر الثانى والثالث كذلك فان تساوى دمها فى الاشهر الثلاثة صار ذلك عادة لها فيجب عليها قضاء ما صامته وعنه تقعد ستة أيام أو سبعة وبه قال الضحاك وعنه ينظر الى قرابتها أو أختها أو عمتها أو خالتها وهو قول عطاء والثورى والاوزاعى وعنه تمكث أكثر الحيض وهو خمسة عشر يوما فصار فى الشهر الاول عنه أربع روايات فى المبتدأة وفى المفيد قال أبو يوسف تأخذ فى الصوم والصلاة وانقطاع الرجعة بأقل الحيض وفى القربان بالتزويج بغيره بأكثره احتياطا فاذا مضت ثلاثة أيام تغتسل وتصوم وتصلى بالوضوء لوقت كل صلاة فاذا مضت عشرة تغتسل وتقضى الصوم والمنفصل هو المنقطع فنقول مبتدأة رأت يوما دما ويوما طهرا أشهرا فعلى قول أبى يوسف حيضها عشرة من أول كل شهر كالمتصل وطهرها عشرون على ما قلنا فى أصله فى البدء والختم بالطهر اما على أصل محمد فحيضها تسعة وطهرها احد وعشرون لان اليوم العاشر كان طهرا وهو لا يرى ختم الحيض بالطهر قال الشارح فى قوله الا عند نصب العادة وذلك كالمبتدأة اذا استمر بها الدم على ما يجىء بيانه وكصاحبة العادة اذا استمر بها الدم وقد نسيت عدد أيام حيضها أولها وآخرها ودورها فى كل شهر فانها تتحرى وتمضى على أكبر رأيها فان لم يكن لها رأى وهى المحيرة وتسمى المضللة لا يحكم لها بشىء من الطهر والحيض على التعيين بل تأخذ بالاحوط فى حق الاحكام وهل يقدر طهرها فى حق انقضاء العدة اختلفوا فيه ثم ذكر ما ذكرنا من الاختلاف ثم قال هذا فى حق العدة وأما فى حق سائر الاحكام لم يقدر الطهر بشىء بل تجتنب ابدا ما تجتنبه الحائض من قراءة القرآن ومسه ودخول المسجد ونحو ذلك ولا يأتيها زوجها وتغتسل لكل صلاة فتصلى به الفرض والوتر وتقرأ فيهما قدر ما تجوز به الصلاة ولا تزيد وقيل الفاتحة وسورة لانهما واجبتان وتطوف طواف الزيارة لانه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام وللصدر لانه واجب وتصوم رمضان ثم تقضى خمسة وعشرين يوما لاحتمال انها حاضت فى رمضان خمسة عشر فى اوله عشرة وفى آخره خمسة أو بالعكس ولا يتصور حيضها فى شهر واحد أكثر من ذلك ثم يحتمل انها حاضت فى القضاء عشرة فسلم لها خمسة عشر بيقين * قلت أما المبتدأة الموعود ببيانها فغاية نهما

كما ينبغي وأما المتحيرة المضالة فما استوفى حكمها فنقول الاصل فى هذا انها متى تيقنت بالحيض فى وقت تركتها ومتى شكت انه وقت حيض أو طهر تحرت عندنا وكذلك اذا نسيت ابتداء الدم تحرى عندنا وعند أحمد واسحق فان لم يستقر رأيها على شئ بل ترددت بين الحيض والطهر والدخول فى الحيض فانها تصلى فيه بالوضوء لكل صلاة بالشك وان ترددت بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فانها تصلى بالغسل لكل صلاة بالشك والقياس ان تغتسل لكل ساعة لكن سقط ذلك للحرج الفادح ولا يطؤها زوجها بالتحرى لانه لا يجوز فى باب الفروج وقال بعض مشايخنا يطؤها بالتحرى لانه حقه فى حالة الطهر وزمانه غالب فيجوز التحرى قيل هذا لا يصح وتصوم رمضان ثم تعيد عشرين يوما هذا على ثلاثة أوجه ان علمت ان ابتداء حيضها يكون بالليل تقضى عشرين يوما وان علمت أن ابتداء حيضها يكون بالنهار تقضى اثنين وعشرين يوما لان أكثر ما فسد من صومها أحد عشر يوما فتقضى ضعف ذلك احتياطا الوجه الثالث أن لا تعلم شيأ قال عامة المشايخ تقتضى عشرين يوما وقال الهندوانى تقضى اثنين وعشرين يوما وهو الاصح وفى المبسوط اذا كانت لها أيام معلومة فى كل شهر فانقطع عنها الدم أشهرا ثم عاودها واستمر بها وقد نسيت أيامها فانها تمسك عن الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار ثم تغتسل لكل صلاة فى سبعة أيام ثم تتوضأ عشرين يوما لوقت كل صلاة لتيقنها فيها بالطهر ويأتيها زوجها وهذا دأبها واذا كانت المذكورة أمة استبرئت فمدة المبتدأة استبراؤها لا تقدر بشئ عند أبى عصمة وعند الميدانى تقدر بستة أشهر وعشرين يوما غير ساعتين لجواز أن الشراء كان بعد ما مضى من حيضها ساعة فلا تحتسب وهو عشرة أيام الا ساعة ثم بعده طهر ستة أشهر الا ساعة ثم بعده الحيض عشرة أيام فتكون الجملة ستة أشهر وعشرين يوما غير ساعتين هذا على قول من يجوز وطأها بالتحرى وعلى قول من منع منه وهو الاصح فلا حاجة الى هذا التكلف ومذهب الشافعى فى هذا التميز باللون فى المميزة وهى التى ترى الدم على نوعين أو أنواع أحدها أقوى فترد الى التميز فتكون حائضا فى أيام القوى مستحاضة فى أيام الضعيف فالاسود أقوى من الاحمر والاحمر أقوى من الاشقر والاشقر أقوى من الاصفر والاصفر أقوى من الاكدر اذا جعلناها حيضا والتميز بثلاث شروط أحدها أن لا يزيد القوى على خمسة عشر يوما والثانى أن لا ينقص عن يوم وليلة والثالث أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يوما ليمكن جعله طهرا بين الحيضتين وبه قال مالك وأحمد (ودم الاستحاضة) وهو الذى ينقص عن ثلاثة أيام أو يزيد على عشرة أو على أكثر النفاس (كرعاف) يعنى حكمه حكم رعاف (دائم) غير منقطع فى وقت صلاة كامل (لا يمنع صوما وصلاة ووطأ) لقوله عليه السلام توضئ وصلى وان قطر الدم على الحصير فيثبت به حكم الصلاة عبارة وحكم الوطء والصوم دلالة (ولو زاد الدم على أكثر الحيض و) أكثر (النفاس فما زاد) من ذلك (على عادتها استحاضة) هذا فى حق ذات العادة مثلا اذا كانت عادتها كل شهر سبعة أيام فرأت اثنى عشر يوما فالزائد على السبعة استحاضة وكذلك اذا كانت أربعة أو خمسة أو ستة وتجاوزت العشرة بيوم وما فوقه فما لم يتجاوز عن العشرة فالكل حيض وكذلك فى النفاس اذا كانت عادتها خمسة وثلاثين يوما مثلا فرأت خمسة وأربعين يوما فالعشرة استحاضة (ولو) كانت المرأة (مبتدأة) أى ليست بذات عادة (فحيضها عشرة) أيام (ونفاسها أربعون)

يوما

قوله المبتدأة أي هكذا في النسخ التي بأيدينا والصواب المضالة كما وجد في أصل نسخة اهـ مصححه

يوما والزائد على العشرة فى الحيض وعلى الاربعين فى النفاس استحاضة وعن الشافعى حيضها
يوم وليلة وعنه يعتبر بنساء عشيرتها (وتتوضأ المستحاضة ومن به سلس البول) وهو الذى لا ينقطع
تقاطر بوله لضعف مثانته أو لغلبة البرودة (أو) به (استطلاق) أى جريان (بطن أو) به (انفلات
ريح) وهو الذى لا يملك جمع مقعده لاسترخاء فيها (أو) به (رعاف دائم أو) به (جرح لا يرقأ)
أى لا يسكن ولا ينقطع (لوقت كل فرض) فيصلون بذلك الوضوء فى وقت واحد ما شاؤا من
الفرائض والنوافل وقال الشافعى يتوضؤن لكل صلاة فرض ويصلون النفل تبعا لها وقال
ويستحب لهم وضوء لكل صلاة (ويصلون) أى هؤلاء المذكورون (به) أى بذلك الوضوء (فرضا)
أى فرض كان (ونفلا) أى نفل كان (ويبطل) وضوءهم (بخروجه) أى بخروج الوقت (فقط)
يعنى لا بدخوله وعند زفر يبطل بالدخول وعند أبى يوسف بهما جميعا وفائدته فيما اذا توضأ قبل
الزوال يصلى به الظهر خلافا لابى يوسف وزفر وفيما اذا توضأ وقت الفجر يبطل بطلوع الشمس
خلافا لزفر وفيما اذا توضأ للظهر فى وقته ثم توضأ فى وقت الظهر للعصر ودخل وقت العصر
لا يصلى العصر به للدخول والخروج ثم أشار الى حد المعذور الذى يجب عليه الوضوء لوقت كل
فرض بقوله (وهذا) أى المعذور الذى ذكرنا (اذا لم يمض عليه وقت فرض) من الصلوات
(الا وذلك الحدث) الذى ابتلى به (يوجد فيه) أى فى ذلك الوقت حتى لو انقطع الدم وقتا كاملا
خرج من ان يكون صاحب عذر من وقت الانقطاع (والنفاس) من نفست المرأة بالضم أى
صارت نفساء وهو من النفس وهو الدم أو من تنفس الرحم أو خروج النفس وهو الولد وفيه نظر
وفى الشرع هو (دم يعقب الولد) أى الذى يخرج عقيب الولد (ودم الحامل استحاضة)
ولو فى حال ولادتها وقال الشافعى حيض اعتبارا بالنفاس قلنا بالحبل ينسد فم الرحم فالخارج
يكون من الفرج (والسقط) بكسر السين بمعنى المسقوط (ان ظهر بعض خلقه) كالشعر
والظفر واليد والرجل والاصبع (ولد) فتصير أمه نفساء وأم ولد ان كانت أمة وتنقضى العدة به
وان لم يظهر من خلقه شئ فلا نفاس ولكن ان أمكن جعل المرئى من الدم حيضا بأن تقدم طهر
تام جعل حيضا والا فهو استحاضة ولو خرج بعض الولد فان كان أكثره تكون نفساء والا فلا
ولو تقطع فيها وخرج أكثره فهى نفساء خلافا لمحمد وزفر وفى المفيد النفاس يثبت بخروج
أقل الولد عند أبى يوسف وعندهما بخروج أكثره ولو ولدت من سرتها لا تصير نفساء الا اذا سال
الدم من فرجها لكن تنقضى به العدة وتصير أم ولد به ويحنث فى اليمين (ولا حد لاقله) أى لاقل
النفاس لان تقدم الولد دليل على انه من الرحم فلا حاجة الى امارة زائدة عليه بخلاف الحيض
ولو ولدت ولم تر دما يجب عليها الغسل عند أبى حنيفة وزفر خلافا لهما قال فى المفيد هو الصحيح
ويجب عليها الوضوء وعن أبى حنيفة أقله خمسة وعشرون يوما وليس مراده اذا انقطع دونه
لا يكون نفاسا بل مراده اذا وقعت حاجة الى نصب العادة فى النفاس لا ينقص عن ذلك
وكذا فى حق الاخبار بانقضاء العدة مقدرة بخمسة وعشرين يوما وأبو يوسف قدره بأحد
عشر يوما وعند محمد بساعة وتوضيح هذا فيمن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فقالت
انقضت عدتى فيعتبر عند أبى حنيفة لاقل النفاس مع ثلاث حيض خمسة وعشرون وعند أبى
يوسف أحد عشر يوما وعند محمد ساعة (وأكثره) اى أكثر النفاس (أربعون يوما) وقال

قوله مقعده كذا
بخط المؤلف اه من
هامش نسخة صحيحة
وفى نسخ مقعدته
اه

الشافعي ستون يوما وقال مالك سبعون يوما ولنا حديث أم سلمة أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم كم تجلس المرأة اذا ولدت قال أربعون يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وهو حجة عليهما وقال الطحاوي لم يقل بالستين أحد من الصحابة (والزائد) على الاربعين (استحاضة) لما مر (ونفاس التوأمين) يعني الولدين اذا ولدتهما في بطن واحد (من) الولد (الاول) عندهما وعند محمد وزفر من الثاني والشرط أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر فان كان بينهما ستة أشهر أو أكثر فهما حملان ونفاسان وان ولدت ثلاثة وبين الاول والثاني أقل منها وكذلك بين الثاني والثالث ولكن بين الاول والثالث أكثر منها فالصحيح انه يجعل حمل واحد

قوله حمل واحد هكذا في خط المؤلف والصواب حملا واحدا اهـ من هامش نسخة صحيحة وفي نسخة كحمل واحد. وفي أخرى حملا واحدا اهـ

* هذا (باب) في بيان أحكام (الانجاس)

وهو جمع نجس بفتح الجيم وهو أعم من الخبث الذي يطلق على الحقيقي والحدث الذي يطلق على الحكمي (يطهر البدن والثوب) ان تنجسا (بالماء) لقوله عز وجل وأنزلنا من السماء ماء طهورا (و) يطهران أيضا (بمائع) طاهر (مزيل) للنجاسة (كالخل وماء الورد) وماء اللسان والبقل ونحوهما مما اذا عصر انعصر وقال محمد وزفر والثلاثة لا يجوز بغير الماء ولما قيد المائع بالمزيل احترز به عن غير المزيل بقوله (لا الدهن) لانه وان كان مائعا لكنه غير مزيل لتلوثه وكذلك الدبس والعسل ونحوهما (والخف) بالرفع عطف على قوله البدن أي يطهر الخف المتنجس والنعل المتنجس والباء في قوله (بالدلك) يتعلق بقوله يطهر والباء في قوله (بنجس) في محل النصب على انها حال من الخف أي حال كونه متنجسا بنجس (ذي جرم) أي جثة كالروث والعذرة والدم والمني سواء كان رطبا أو يابسا وهذا قول أبي يوسف وهو اختيار المشايخ فلهذا قال صاحب الهداية بعد ذكر قول أبي يوسف وعليه مشايخنا فلذلك اختاره المصنف في المتن وذكره على الاطلاق وعند أبي حنيفة يطهر اليابس بالدلك دون الرطب وعند محمد لا بد من الغسل مطلقا وبه قال زفر والثلاثة (والا) أي وان لم يكن النجس ذا جرم كالبول (يغسل) لان الدلك حينئذ يزيده انتشارا وتلوثا (و) يطهر البدن والثوب والخف ونحوها المتلوثات (بمني يابس بالفرك والا) أي وان لم يكن يابسا (يغسل) لقوله عليه السلام فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وعند الثلاثة يغسل الكل وعن أحمد كقولنا (و) يطهر (نحو السيف) والمرآة والسكين ان كانت مصقولة (بالمسح) سواء كان رطبا أو يابسا أو مائعا أو كثيفا لان النجس لا يداخل أجزاءه وذكر في الاصل لا يطهر الا بالغسل كما اذا كانت مصدئة أو منقوشة (و) تطهر (الارض) التي أصابتها النجاسة (باليبس) أي بيبس النجاسة عليها (وذهاب الاثر) بالجر عطفا على اليبس وهو اللون والطعم والريح (للصلاة) أي لاجلها (لا) تطهر (للتيمم) أي لا لاجله لاشتراط النص الصعيد الطيب وأما في حق الصلاة فللاثر وقال الشافعي وزفر لا تطهر أصلا (وعفي قدر الدرهم) المثقالي وعن السرخسي بدرهم زمانه وقيل بالمساحة أشار اليه بقوله (كعرض الكف) والصحيح ان هذا في المائعة والاول في المتجسدة ثم بين ذلك من البيانية بقوله (من نجس مغلظ) ومثل له بقوله (كالدم والخمر وخرء الدجاج وبول ما لا يؤكل) لحمه من الحيوانات

(والروث)

(والروث) وهو ما يكون لذى حافر (والخثى) بكسر الخاء المعجمة وسكون الثاء المثلثة وهو ما يكون لذى ظلف ويجمع على أخثاء وخثى وقال زفر والثلاثة قليل النجاسة وكثيرها سواء فى المنع وعند الزهرى خرء الدجاج طاهر وعند مالك الروث والخثى طاهران وعند أبى حنيفة الروث نجس مغلظ وعندهما مخفف وعند زفر ان كان من المأكولة فهو مخفف وان كان من غير المأكولة فهو مغلظ (و) عفى (مادون ربع الثوب) أى ثوب كان وقيل ربع الموضع الذى أصابه مثل ربع الكم أو الذيل أو الدخريص وقيل ربع السراويل احتياطا لانه أقصر الثياب (من) نجس (مخفف كبول ما يؤكل) لحمه من الحيوان وعند محمد هو طاهر (و) كبول (الفرس) عندهما وعند محمد طاهر وأفرده بالذكر للاختلاف فيه (وخرء طير لا يؤكل) لحمه كالصقر والبازى ونحوهما عند أبى حنيفة وعندهما هو مغلظ فى رواية الهندوانى وفى رواية الكرخى هو طاهر عندهما ونجس مغلظ عند محمد (و) عفى (دم السمك) لانه ليس بدم حقيقة فلا يكون نجسا وفى ظاهر الرواية هو طاهر لان الدموى لا يسكن الماء فعلى هذا قوله وعفى دم السمك لا وجه له لان ذلك يقتضى التنجيس (و) عفى أيضا (لعاب البغل والحمار) وهذا أيضا مشكل لان لعابهما طاهر عندهما وعند أبى يوسف نجس مخفف (و) عفى أيضا (بول انتضح) أى ترشش (كرؤس الابر) لعدم الاحتراز عنه خصوصا فى مهب الريح وذكر الرؤس يشعر بأنه قيد وليس كذلك بل الجانب الآخر منها كالرأس للضرورة وعن أبى يوسف وجوب غسله مطلقا (والنجس المرئى يطهر) أى محله لان عينه لا تطهر فلذلك قال (بزوال عينه) وأثره ولو بمرة وعن محمد أنه يطهر بمرة اذا عصره وقيل لا يطهر ما لم يغسله ثلاثا بعد زوال العين (الا ما يشق) ازالة أثره لان فيه حرجا وتفسير المشقة أن يحتاج لازالته الى شئ آخر سوى الماء كالصابون ونحوه (وغيره) أى غير المرئى من النجاسة يطهر (بالغسل ثلاثا) أى ثلاث مرات (والعصر) بالجر عطفا على الغسل (فى كل مرة) والمعتبر فيه غلبة الظن وانما قدره بالثلاث لان غلبة الظن تحصل عنده غالبا (و) يطهر (بتثليث الجفاف) فى الغسل ثلاث مرات (فيما لا ينعصر) كالخزف والآجر والخشب والجلد المدبوغ بالنجس لان للتجفيف أثرا فى استخراج النجاسة وتفسير التجفيف أن يخليه حتى ينقطع التقاطر ولا يشترط اليبس فيه وقال محمد اذا تنجس ما لا ينعصر لا يطهر أبدا (وسن الاستنجاء) وهو مسح موضع النجو أو غسله وهو ما يخرج من البطن وعند الشافعى هو فرض لا تجوز الصلاة بدونه ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن فعل هذا فقد أحسن ومن لا فلا حرج أخرجه ابن حبان فى صحيحه ثم أشار الى ما يستنجى به بقوله (بنحو حجر) ومدر وطين يابس وتراب وقطن وخرقة ونحوها وقوله (منق) خرج مخرج الشرط لكونه سنة لان الانقاء هو المقصود فلا يكون دونه سنة (وما سن فيه) أى فى الاستنجاء (عدد) وقال الشافعى لا بد من التثليث وانا ما روينا والايتار يحصل بالواحد (وغسله) أى غسل موضع الاستنجاء بالماء (أحب) وأفضل لانه يقلع النجاسة والحجر ونحوه يخففه هذا ان أمكنه بلا كشف عورة والا يتركه حتى لا يصير فاسقا (ويجب) الاستنجاء (ان جاوز النجس المخرج) لعدم افادة المسح حينئذ (ويعتبر القدر المانع)

من النجاسة فيما (وراء موضع الاستنجاء) حتى اذا كان المجاوز عن المخرج قدر الدرهم مع الذى فى المخرج لا يمنع الصلاة ولا يجب غسله لان ما على المخرج ساقط العبرة ولهذا لا يضم الى ما فى جسده من النجاسة فبقيت العبرة للمجاوز فقط فان كان أكثر من قدر الدرهم منع والا فلا عندهما وعند محمد يعتبر موضع الاستنجاء حتى اذا كان المجموع أكثر من قدر الدرهم منع عنده ووجب غسله واذا كانت مقعدته كبيرة وكانت فيها نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم تتجاوز من المخرج قال الفقيه أبو بكر يتعين الغسل وعن ابن شجاع يجزيه الحجر (لا) يستنجى (بعظم) لانه زاد الجن (ولا روث) لان النجس لا يزيل النجس (و) لا (طعام) لانه اسراف (و) لا (يمين) للنهى عنه ولا بخزف وورق الشجر والشعر والفضة والذهب والحجر المغصوب والفحم والزجاج ولو استنجى بها اجاز لان الكراهة لمعنى فى غيرها كما اذا توضأ بماء مغصوب

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الصلاة) *

ولما فرغ من بيان الشرط الاعظم شرع فى بيان المشروط وشرط الشئ يسبقه وهى الدعاء فى اللغة العالية قال * صلى على دنها وارتسم * وقال تعالى وصل عليهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وقيل من تحريك الصلوين وهما العظمان اللذان عليهما الركبتان لان المصلى يحرك صلويه فى الركوع والسجود وشرعا عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة على معنى اللغة فعلى هذا تكون من الاسماء المغيرة والظاهر انها من المنقولة لوجودها بدونه فى الامى فان قلت ما الحكمة فى كونها خمسا قلت لان قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى يقتضى عددا له وسطى وراء الجمع للعطف المقتضى للمغايرة وأقله خمس ضرورة ثم ابتدأ أولا ببيان الوقت لانها كتاب موقوت فلا بد من بيانه وانما قدم الفجر وان كان الاولى تقديم الظهر لانها أول صلاة أم فيها جبريل عليه السلام لان وقت الفجر وقت ما اختلف فى أوله وآخره ولانه أول صلاة تجب بعد النوم الذى هو أخ الموت فكان ابتداؤه بأول وقت يخاطب به المرء أولى فقال يدخل (وقت) صلاة (الفجر من) ابتداء (الصبح الصادق) وهو البياض المنتشر فى الافق ولا عبرة بالصبح الكاذب وهو البياض الذى يبدو طولا كذنب السرحان ثم تعقبه ظلمة فلا يخرج به وقت العشاء ولا يدخل به وقت الفجر (الى) ابتداء (طلوع الشمس) وهذا بالاجماع (والظهر) بالجر عطفا على الفجر أى يدخل وقت الظهر (من الزوال) أى من زوال الشمس عن كبد السماء (الى بلوغ الظل) أى ظل كل شئ (مثليه) وانتصابه بالمصدر المضاف الى فاعله (سوى الفئ) أى فئ الزوال هذا عند أبى حنيفة وقالا وهو رواية عنه آخره اذا صار الظل مثله وبه قال زفر والشافعى وأحمد والثورى واختاره الطحاوى وعن مالك مثله وعنه المثل آخر وقت الظهر المختار اما وقت الجواز فالى الغروب قدر خمس ركعات وطريق معرفة فئ الزوال ان تغرز خشبة فى مكان مستو وتجعل لمبلغ الظل علامة فما دام الظل ينقص فهو قبل الزاول وان زاد فهو بعد الزوال وان لم يزد ولم ينقص فهو وقت الزوال وهو الظل الاصلى وتخط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط الى الخشبة فى الزوال فاذا

صار

قوله وراء الجمع كذا بخط المصنف وفى بعض النسخ وواو الجمع اه من هامش

صار ظل العود مثل العود من رأس الخط لا من موضع غرز العود خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وعرف من ذلك الفرق بين الظل والفيء وقد قيل الفيء هو الظل الذي يكون للاشياء وقت الظهيرة وفيه نظر لان الظل لا يسمى فيأ الا بعد الزوال (والعصر) بالجر أيضا عطفا على الظهر أي يدخل وقت العصر (منه) أي من بلوغ الظل مثليه (الى الغروب) أي غروب الشمس وقال الحسن بن زياد اذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر لقوله عليه السلام وقت صلاة العصر ما لم تصفر الشمس رواه مسلم ولنا قوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك الصلاة رواه البخاري ومسلم وما رواه منسوخ بهذا أو محمول على وقت الاختيار (والمغرب) بالجر أيضا عطفا على العصر أي يدخل وقت المغرب (منه) أي من غروب الشمس (الى غروب الشفق) لقوله عليه السلام وقت صلاة المغرب ما لم يسقط نور الشفق رواه مسلم وغيره وهو حجة على الشافعي في تقديره في الجديد بمضي قدر وضوء وستر عورة وأذان واقامة وخمس ركعات فان قلت صلاها جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد قلت القول يقدم على الفعل أو يكون معناه بدأ بها في اليوم الثاني حين غربت الشمس ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق ويكون قول جبريل عليه السلام ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك اشارة الى ابتداء الفعل في اليوم الاول والى انتهائه في اليوم الثاني ويجوز أن يكون حديث جبريل عليه السلام منسوخا بما روينا لانه متأخر وحديث جبريل عليه السلام متقدم (وهو) أي الشفق (البياض) الذي بعد الحمرة عند أبي حنيفة وزفر وهو قول أبي بكر الصديق وأنس ومعاذ وعائشة ورواية عن ابن عباس رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز والمزني وداود واختاره المبرد وثعلب وقالا هو الحمرة وبه قالت الثلاثة وهو قول عبد الله بن عمر وشداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنه وهي رواية عن أبي حنيفة وعليها الفتوى (والعشاء) بالجر أيضا عطفا على المغرب أي يدخل وقت العشاء (و) وقت (الوتر منه) أي من غروب الشفق على الاختلاف (الى الصبح) الصادق بلا خلاف وكون وقت العشاء والوتر واحدا هو قول أبي حنيفة وعندهما يدخل وقت الوتر بعد ما صلى العشاء بناء على ان الوتر فرض عنده وسنة عندهما (ولا يقدم) الوتر (على العشاء للترتيب) أي لاجل وجوب الترتيب حتى لو نسي العشاء وصلى الوتر جاز لسقوط الترتيب به وهذا عند أبي حنيفة لانه فرض عنده وعندهما لا يجوز لان الوتر سنة العشاء فيكون تبعا لها فلا يدخل وقته حتى يصلي العشاء كسنة العشاء لا يعتد به قبل أداء العشاء لعدم دخول وقتها لا للترتيب وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما لو صلى الوتر قبل العشاء ناسيا أو صلاهما وظهر فساد العشاء دون الوتر فانه يصح الوتر ويعيد العشاء وحدها عنده لان الترتيب يسقط بمثل هذا العذر وعندهما يعيد الوتر أيضا لانه تبع لها فلا يصح قبلها والثاني ان الترتيب واجب بينه وبين غيره من الفرائض حتى لا يجوز صلاة الفجر ما لم يصل الوتر عنده وعندهما يجوز لانه لا ترتيب بين الفرائض والسنن (ومن لم يجد وقتهما) أي وقت العشاء والوتر (لم يجبا) عليه فحذف العائد وهو لا يجوز في مثل هذا الموضع على ما لا يخفى وذلك لعدم سبب الوجوب وذلك بأن كان في بلد يطلع فيه الفجر كما تغرب

قوله كذا وقع في خطه والاولى من اي سنة العشاء اهـ من هامش

الشمس أو قبل أن تغيب الشمس ويذكر أن بعض أهل بلغار لا يجدون فى كل سنة وقت العشاء أربعين ليلة فان الشمس كما تغرب من ناحية المغرب يظهر الفجر من المشرق (وندب) أى استحب (تأخير) صلاة (الفجر) الى الاسفار ولا يؤخرها بحيث يقع الشك فى طلوع الشمس لقوله عليه السلام أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر رواه الترمذى وصححه وقال الشافعى التعجيل فى كل الصلوات أفضل (وظهر الصيف) بالجر عطفا على الفجر أى ندب أيضا تأخير صلاة ظهر الصيف لحديث أنس رضى الله عنه أنه عليه السلام اذا كان الحر أبرد بالصلاة واذا كان البرد عجل رواه النسائى وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعى للابراد شروط أربعة أن يكون فى حر شديد وأن يكون فى بلد حارة وأن يصلى فى جماعة وأن يقصدها الناس من البعيد والا فالتعجيل أفضل (والعصر) بالجر عطفا على الظهر أى ندب تأخير صلاة العصر (مالم تتغير) الشمس أى قرصها بحيث لا تحار فيه العين فتى حارت فقد تغيرت وقيل أن يتغير الشعاع على الحيطان وقيل اذا بقى مقدار رمح لم تتغير والاول أصح وقال الشافعى تعجيلها أفضل لقول أنس رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى العصر والشمس مرتفعة حية فيذهب الذاهب الى العوالى فيأتيهم والشمس مرتفعة رواه أحمد وأبو داود ولنا ما روى أنه عليه السلام كان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية رواه أبو داود ولا حجة له فى حديث أنس فان الطحاوى قال أدنى العوالى ميلان أو ثلاثة فيمكن أن يصلى العصر فى وسط الوقت ويأتى العوالى والشمس مرتفعة (والعشاء) بالجر أيضا عطفا على العصر أى ندب تأخير صلاة العشاء (الى الثلث) أى الى ثلث الليل وعبارة القدورى الى ما قبل ثلث الليل وهذه تشير الى أن التأخير الى الثلث غير مستحب والى النصف مباح والى آخره بلا عذر مكروه وقال الشافعى تعجيلها أفضل ولنا ما روى عن أبى برزة رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحب تأخير العشاء رواه البخارى ومسلم (والوتر) بالجر أيضا أى يستحب تأخير الوتر (الى آخر الليل لمن يثق بالانتباه) لقوله عليه السلام اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا رواه البخارى ومسلم وان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لقوله عليه السلام أيكم خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر ثم ليرقد رواه مسلم وغيره (وتعجيل) بالرفع عطف على قوله تأخير الفجر أى ندب تعجيل (ظهر الشتاء) لحديث أنس المتقدم (و) تعجيل صلاة (المغرب) فى الصيف والشتاء والسفر والحضر لقوله عليه السلام لن تزال أمتى بخير ما لم يؤخروا المغرب الى اشتباك النجوم رواه أحمد وأبو داود ولما كان التأخير سببا لزوال الخير كان التعجيل سببا لاستجلابه (و) تعجيل (ما فيها) يعنى الصلاة التى فيها (عين) التى هى حرف من حروف الهجاء مثل العصر والعشاء (يوم غين) بالاعجام أى غيم وسحاب لئلا يقع العصر فى تغير الشمس والعشاء بتقليل الجماعة لمجىء المطر ونحوه (ويؤخر غيره) أى غير ما فيه عين مثل الفجر والظهر والمغرب (فيه) أى فى يوم الغين لانه لو عجل الفجر أدى الى تقليل الجماعة بسبب الظلمة ولو عجل الظهر ربما يقع قبل الزوال ولو عجل المغرب ربما يقع قبل الغروب قلت هذا فى ديارهم لان فيها الشتاء أكثر ورعاية الاوقات قليلة وأما فى الديار المصرية فعكس هذا فينبغى أن يراعى الحكم الاول (ومنع) المكلف منع تحريم (عن الصلاة) أداء وقضاء أى صلاة كانت (وسجدة التلاوة) المتلوة فى الاوقات الصحيحة (وصلاة الجنازة) التى حضرت فى الوقت الصحيح

قوله الشمس كذا بخط المؤلف والذى فى الزيلعى الشفق وهو المناسب اهـ من هامش

(عند الطلوع) أي طلوع الشمس (والاستواء) أي وعند استوائها في كبد السماء (وعند الغروب) لما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه ثلاث أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب رواه مسلم وغيره والمراد من قوله أن نقبر صلاة الجنازة اذ الدفن غير مكروه وهو حجة على الشافعي في تجويزه الفرائض مطلقا والنوافل بمكة وعلى أبي يوسف في تجويزه النفل وقت الزوال يوم الجمعة (الا عصر يومه) استثناء من منع فانها تصح وقت الغروب لانه أداها كما وجبت حتى لا يجوز عصر أمسه لان الكامل لا يتأدى بالناقص (و) منع أيضا (عن التنفل بعد صلاة الفجر و) بعد صلاة (العصر) لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس ولا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس رواه البخاري ومسلم وهو حجة على الشافعي في عدم منع النفل الذي له سبب كتحية المسجد وركعتي الطواف ونحوهما (لا) يمنع في هذين الوقتين (عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلاة جنازة) لان النهي لمعنى في غيره وهو جعل الوقت كالمشغول فيه بفرض الوقت حكما وهو أفضل من النفل الحقيقي فلا يظهر في حق فرض آخر مثله (وبعد طلوع الفجر) عطف على قوله بعد صلاة الفجر أي منع عن التنفل بعد طلوع الفجر (بأكثر من سنة الفجر) لقوله عليه السلام اذا طلع الفجر لا صلاة الا ركعتين رواه الطبراني (و) منع أيضا عن التنفل (قبل المغرب) بعد غروب الشمس لما فيه من تأخير المغرب وقال الشافعي يصلي ركعتين قبل المغرب وهي سنة عنده (و) منع أيضا (وقت الخطبة) أي خطبة كانت لان فيه الاشتغال عن سماع الخطبة وقال الشافعي يصلي الداخل تحية المسجد (و) منع أيضا (عن الجمع بين صلاتين) مثل الظهر والعصر والمغرب والعشاء (في وقت) واحد (بعذر) كسفر أو مطر أو وحل أو مرض وقال الشافعي له الجمع بعذر سفر ومطر ومرض وقال مالك يجوز لوحل أيضا وعن أحمد مثلهما واحترز بقوله في وقت عن الجمع بينهما فعلا بأن فعل كل واحد منهما في وقتها بأن يصلي الاولى في آخر وقتها والثانية في أول وقتها فانه جمع في حق الفعل وان لم يكن جمعا في الوقت وبقوله بعذر عن الجمع في عرفة ومزدلفة فان ذلك يجوز وان لم يكن فيه عذر وحجتنا في هذا ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه والذي لا اله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا لوقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخاري ومسلم وتأويل ما روى من الجمع أنه صلى الظهر في آخر وقته والعصر في أول وقته وكذا فعل بالمغرب والعشاء فيصير جمعا فعلا لا وقتا وما روى بصريح خروج وقت يحمل على القرب منه كما في قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن أي فاذا قاربن بلوغ الاجل اذ لا يقدر على الامساك بعد بلوغ الاجل

هذا (باب) في بيان أحكام (الاذان)

وهو مصدر أذن أي أعلم وكذلك يأذن واما أذن بالتشديد فمصدره التأذين وقيل هو اسم للمصدر كالسلام والكلام بلا مد في أوله لان الذي في أوله مد جمع أذن وشرعا هو اعلام مخصوص في أوقات مخصوصة (سن) أي الاذان عند الجمهور وقيل يجب وقيل فرض كفاية وعن أحمد

فرض عين وقال عطاء ومجاهد لا تصح الصلاة بدونه والاصح انه سنة مؤكدة (للفرائض) دون السنن والنوافل والتراويح وصلاة العيدين والاستسقاء والخسوف والكسوف والجنازة وأمّا الجمعة فانها داخلة فى الظهر والوتر فى العشاء والباء فى (بلا ترجيع) يتعلق بسن اراد ان الترجيع ليس بسنة خلافا للشافعى وهو أن يخفض بالشهادتين صوته ثم يرجع فيمد بهما صوته (و) لا (لحن) وهو التطريب وقيل هو الخطأ فى الاعراب (ويزيد) المؤذن (بعد فلاح اذان الفجر) الصادق (الصلاة خير من النوم مرتين) لانّ بلالا رضى الله عنه فعله فاستحسنه النبى عليه السلام وأمر به (والاقامة مثله) أى مثل الاذان فى عدد الكلمات وفى السنية وتربيع التكبير فى مشرعه وكراهة اللحن فيه (ويزيد بعد فلاحها) أى بعد فلاح الاقامة (قد قامت الصلاة مرتين) وهو مذهب على وابن مسعود وجماعة من الصحابة والتابعين وقال الشافعى هى فرادى وبه قال مالك وأحمد لما روى أنّ بلالا أمر أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة وانما ما اشتهر عنه انه كان يثنى الاقامة الى أن توفى والملك النازل أقام كذلك وروى البيهقى عن النخعى باسناده انّ أوّل من نقص الاقامة معاوية بن أبى سفيان ولا حجة لهم فيه لانه لم يذكر الآمر فيحتمل أن يكون غير النبى صلى الله عليه وسلم وليس فيه انّ بلالا امتثل لامره بل نقل عنه مخالفته فعلا (ويترسل) المؤذن (فيه) أى فى الاذان لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر رواه الترمذى والترسل أن يفصل بين كلمتى الاذان بسكتة (ويحدر) أى يسرع من باب نصر ينصر بالدال المهملة (فيها) أى فى الاقامة (ويستقبل بهما) اى بالاذان والاقامة (القبلة) لانّ الملك النازل من السماء فعل كذلك ولو ترك جاز ويكره (ولا يتكلم فيهما) أى فى الاذان والاقامة لما فيه من ترك الموالاة ولا يردّ السلام أيضا خلافا للثورى (ويلتفت) أى المؤذن (يمينا وشمالا) وهما منصوبان بالظرفية (بالصلاة والفلاح) لانه خطاب للقوم فيواجههم بهما (ويستدير) أى المؤذن (فى صومعته) وهى المنار وفى الاصل هى منار الراهب التى يتعبد فيها هذا اذا لم يمكنه الالتفات مع ثبات قدميه بأن كانت متسعة فيستدير ويخرج رأسه منها ليحصل المقصود واذا أمكنه فلا يستدير (ويجعل اصبعيه فى) صماخى (أذنيه) لانه أجمع للصوت (ويثوّب) من التثويب وهو العود الى الاعلام بعد الاعلام وانما أطلقه تنبيها على ما استحسنه المتأخرون من التثويب فى كل الصلوات لظهور التوانى فى الامور الدينية وعند الثلاثة لا تثويب أصلا وعندهما يثوّب فى الفجر فقط وعند أبى يوسف فى الكل لمستغرق الهمّ كالامير والقاضى والمفتى وهو أربعة أنواع قديم وهو الصلاة خير من النوم وكان بعد الاذان الا أنّ علماء الكوفة ألحقوه بالاذان ومحدث أحدثه علماء الكوفة بين الاذان والاقامة حى على الصلاة مرّتين حى على الفلاح مرّتين وتثويب كل بلد على ما تعارفوا امّا بالتنحنح أو بالصلاة الصلاة أو قامت قامت وما استحسنه المتأخرون وهو التثويب فى سائر الصلوات لزيادة غفلة الناس وما أحدثه أبو يوسف للامير بأن يقول السلام عليك أيها الامير حى على الصلاة حى على الفلاح الصلاة يرحمك الله وكذلك كل من اشتغل بمصالح المسلمين كالمفتى والقاضى يخص بنوع اعلام وكرهه محمد (ويجلس) أى المؤذن (بينهما) أى بين الاذان والاقامة فى الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية وفى الظهر والعشاء قدر ما يصلى أربع

ركعات

ركعات يقرأ في كل ركعة عشر آيات وفي العصر بقدر ركعتين يقرأ فيهما عشرين آية والاولى أن يصلي بينهما (الا) في (المغرب) فانه لا يجلس بين أذانها واقامتها عند أبي حنيفة بل يسكت قدر ما يتمكن من قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وقيل قدر ما يخطو ثلاث خطوات وقالا يجلس جلسة خفيفة وقال الشافعي يصلي ركعتين (ويؤذن) أي المكلف (للفائتة ويقيم) لما روي أنه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة (وكذا) يؤذن ويقيم (لاولى) الصلوات (الفوائت) لما روينا (وخير فيه) أي في الاذان (للباقي) وقال مالك يكتفي باقامة واحدة في الفوائت (ولا يؤذن قبل دخول وقت) الصلاة (ويعاد) الاذان (فيه) أي في الوقت ان أذن قبله وعند أبي يوسف والشافعي يجوز للفجر بعد النصف الاخير وفي رواية في جميع الليل والحجة عليهما ما رواه البيهقي أنه عليه السلام قال يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر قال في الامام ورجال اسناده ثقات (وكره أذان الجنب واقامته) لان لهما شبها بالصلاة فيعادان في رواية وفي رواية لا يعادان والاشبه أن يعاد الاذان دون الاقامة (و) كره (اقامة المحدث) وقيل لا يكره وفي كراهة أذانه روايتان أيضا (و) كره أيضا (أذان المرأة) لانها ان رفعت صوتها ارتكبت معصية وان لم ترفع فقد أخلت فان أذنت يعاد استحسانا (و) أذان (الفاسق) لان قوله لا يوثق به (و) أذان (القاعد) لتركه السنة (و) أذان (السكران) لفسقه أو لعدم معرفته بدخول الوقت ويستحب اعادته (لا) يكره (أذان العبد وولد الزنا والاعمى والاعرابي) لان قولهم يقبل في الامور الدينية بخلاف الفاسق (وكره تركهما) أي ترك الاذان والاقامة (للمسافر) لان السفر لا يسقط الجماعة فلا يسقط ما هو من لوازمها (لا) يكره تركهما في حق (مصل) وحده أو بجماعة (في بيته في المصر) لقول ابن مسعود رضي الله عنه أذان الحي يكفينا حين صلى بعلقمة والاسود في بيته فقيل له ألا تؤذن وتقيم وقيد بالمصر لانه يكره تركهما في السفر مطلقا (وندبا) أي الاذان والاقامة (لهما) أي للمسافر والمصلي في بيته ليكون الاداء على هيئة الجماعة (لا) يندبان (للنساء) لانهما من سنن الجماعة المستحبة والله تعالى أعلم

هذا (باب) في بيان (شروط الصلاة)

وهي جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه الشيء ولا يكون منه (هي) أي شروط الصلاة ستة الاول (طهارة بدنه من حدث) أصغر وأكبر (وخبث) بفتحتين وهو النجاسة مغلظة أو مخففة (و) الثاني طهارة (ثوبه) لقوله تعالى وثيابك فطهر (و) الثالث طهارة (مكانه) الذي يصلي عليه (و) الرابع (ستر عورته) لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد أي محل زينتكم والمراد ما يواري عورته عند كل صلاة اطلاقا لاسم الحال على المحل في الاول وعكسه في الثاني (وهي) أي العورة (ما تحت سرته الى تحت ركبته) فالسرة ليست من العورة بخلاف الركبة وقال الشافعي وأحمد الركبة ليست من العورة وعن أحمد هي القبل والدبر فقط وعن مالك مثله ولنا قوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وكلمة الى بمعنى مع عملا بكلمة حتى (وبدن) المرأة (الحرة عورة الا وجهها وكفيها وقدميها) في رواية صحيحة وفي رواية قدماها عورة لقوله تعالى ولا يبدين

زينتهن الا ما ظهر منها والمراد محل زينتهن وهو الوجه والكفان (وكشف ربع ساقها يمنع) جواز الصلاة لان للربع حكم الكل وعند أبي يوسف يعتبر انكشاف الاكثر وفي النصف عنه روايتان وعند الشافعي يمنع قليله وكثيره (وكذا) يمنع انكشاف ربع (الشعر) النازل من رأسها وفي رواية ليس بعورة لكن مع هذا لا يحل النظر اليه (و) كذا يمنع انكشاف (البطن والفخذ والعورة الغليظة) وهي القبل والدبر والذكر والانثيان وسوى بين الغليظة والخفيفة وعن الكرخي يعتبر في الغليظة ما زاد على قدر الدرهم وفيما عداها الربع وعند أبي يوسف يعتبر الاكثر في الكل وقيل الخصيتان تبعان للذكر فيعتبر الكل عضوا واحدا والصحيح أن يعتبر كل واحد عضوا على حدة واختلف في الدبر هل هو عورة مع الاليتين أو كل الية منهما عورة على حدة والدبر ثالثهما والصحيح انه ثالثهما والركبة تعتبر بانفرادها والاصح أنها تبع للفخذ وثديها ان كانت ناهدة فهي تبع لصدرها وان كانت منكسرة فهي أصل بنفسها واذانها عورة بانفرادها (والامة) والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند أبي حنيفة رحمه الله (كالرجل) في حكم العورة وهي من سرتها الى أن تجاوز ركبتها (وظهرها) أي ظهر الامة أيضا (وبطنها عورة) لان النظر اليهما سبب الفتنة (ولو وجد) المصلي (ثوبا) وصفته ان (ربعه طاهر و) الحال أنه قد (صلى) حال كونه (عاريا لم تجز) صلاته لان للربع حكم الكل كما في الاحرام (وخير) المصلي بين الصلاة فيه قائما بركوع وسجود وبين الصلاة قاعدا عاريا بايماء (ان طهر أقل من ربعه) أي من ربع الثوب وقال محمد وزفر لزمه أن يصلي فيه بركوع وسجود لان فيه ترك فرض واحد وفي الثاني ترك فرضين ولهما أنهما استويا في المنع والمقدار فيستويان في الحكم (ولو عدم) المصلي (ثوبا صلى) حال كونه (قاعدا موميا بركوع وسجود) عندنا وعند زفر والشافعي يصلي قائما بركوع وسجود (وهو) أي المذكور من الصلاة قاعدا موميا بركوع وسجود (أفضل من القيام بركوع وسجود) كما هي عندهما لوجود الستر في الاول (و) الخامس (النية) وهي قصد القلب (بلا فاصل) بينها وبين التحريمة بعمل يمنع الاتصال مثل الاكل والشرب ونحو ذلك والذي لا يمنع الاتصال لا يضر مثل الوضوء والمشي الى المسجد حتى لو نوى ثم توضأ أو مشى اليه فكبر ولم تحضره النية جاز ولا اعتبار بالنية المتأخرة عن التكبير في الظاهر وعن الكرخي تصح ما دام في الثناء وقيل تصح اذا تقدمت على الركوع (والشرط) في النية (أن يعلم) المصلي (بقلبه أي صلاة يصلي) وأدناها ما لو سئل لامكن أن يجيب على البديهة وان لم يقدر على أن يجيب الا بتأمل لم تجز صلاته ولا عبرة باللسان لانه كلام لا نية فان جمع كان أحسن ويحتاج الى ثلاث نيات نية الصلاة التي يدخل فيها ونية الاخلاص ونية استقبال القبلة عند الجرجاني والصحيح ان استقبالها يغني عنها قاله في المبسوط وقيل ان كان يصلي الى المحراب لا يشترط وفي الصحراء يشترط (ويكفيه) أي المصلي (مطلق النية للنفل) بأن ينوي مطلق الصلاة لان أدنى أنواع الصلاة النفل فانصرف مطلقها اليه واذا اراد أن يقول بلسانه يقول أصلي لله تعالى (و) كذا (السنة والتراويح) لانها نوافل في الاصل وقيل لا بد من نية السنية لانها وصف زائد بخلاف النفل وعند الشافعي يجب التعيين في الكل (وللفرض) أي فرض كان (شرط تعيينه كالعصر مثلا) بأن يعين فرض العصر الحاضر أو فرض الوقت الحاضر لتزاحم الفروض

فلا بدّ من تعيين وفي الجمعة يعين فرض الجمعة ولو نوى العصر مطلقا ولم ينو عصر الوقت ولا عصر اليوم فقيل يجوز وقيل لا ولو نوى عصر يومه يجوز مطلقا ولو خرج الوقت وأمّا الوتر فالاصح أنه يكفيه مطلق النية (والمقتدي ينوي المتابعة) بالامام (أيضا) أي كما ينوي الصلاة لانّ الفساد يلحقه من امامه فلا بدّ من التزامه والافضل أن ينوي الاقتداء بعد تكبير الامام ولو نواه حين وقف الامام موضع الامامة جاز عند الجمهور خلافا للبعض ولو نوى الاقتداء بالامام ولم يعين الظهر مثلا أو نوى الشروع في صلاة الامام أو نوى الاقتداء به لا غير قيل لا يجزيه لتنوّع المؤدّى والاصح أنه يجزيه وينصرف الى صلاة الامام وان لم يكن للمقتدي علم بها بخلاف ما لو نوى صلاة الامام حيث لا يجزيه لانه لم يقتد به بل عين صلاته والافضل أن يقول اقتدي بمن هو امامي أو بهذا الامام ولو اقتدى به ولم يخطر بباله أزيد أم عمرو جاز ولو نوى الاقتداء به وهو يظنّ انه زيد فاذا هو عمرو جاز ولو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لم يجز لانه نوى الاقتداء بالغائب (وللجنازة ينوي الصلاة لله تعالى و) ينوي (الدعاء للميت) لانه الواجب عليه فيجب تعيينه واخلاصه لله تعالى ويقول بلسانه أصلي لله تعالى داعيا للميت (و) السادس من الشروط (استقبال القبلة) لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره أي جهته (فللمكي فرضه) أي فرض الاستقبال (اصابة عينها) أي عين الكعبة لانه يمكنه ذلك سواء كان بينه وبينها جدار أو حائل أو لم يكن حتى لو اجتهد وصلى وبان خطؤه يعيد وقيل لا (ولغيره) أي ولغير المكي فرضه (اصابة جهتها) أي جهة الكعبة في الصحيح قال الجرجاني هو كالاول وفائدته تظهر في اشتراط نية عين الكعبة فعنده يشترط وعند غيره لا وقيل البيت قبلة من يصلي في مكة أو في البطحاء ومكة قبلة أهل الحرم والحرم قبلة الآفاق وعن أبي حنيفة المشرق قبلة أهل المغرب والمغرب قبلة أهل المشرق والجنوب قبلة أهل الشمال والشمال قبلة أهل الجنوب (والخائف) من عدو أو لص أو سبع (يصلي الى أيّ جهة قدر) لتحقق العجز وكذا المريض اذا لم يجد من يحوّله اليها ومن كان على خشبة في البحر (ومن اشتبهت عليه القبلة) بانطماس الاعلام وتراكم الظلام وتضامّ الغمام (تحرّى) أي اجتهد وهو بذل المجهود في نيل المقصود ولو كان بحضرته من يسأله عنها لم يتحرّ ولا يجوز التحرّي مع المحاريب (وان أخطأ) في التحري (لم يعد) الصلاة وقال الشافعي يعيد ان استدبر لتيقنه بالخطا قلنا التكليف مقيد بالوسع وقد أتى بما في وسعه (فان علم به) أي بالخطا (في صلاته استدار) الى القبلة وأتمّ لانّ أهل قباء لما بلغهم نسخ القبلة استداروا في الصلاة كهيئتهم (ولو تحرّى قوم) أي جماعة مع امام (جهات) في ليلة مظلمة وصلى كل واحد من القوم الى جهة والامام الى جهة (و) الحال أنهم (جهلوا حال امامهم يجزيهم) أي يجزيهم صلاتهم اذا كانوا خلف الامام لانّ القبلة في حقهم جهة التحرّي وهذه المخالفة غير مانعة لصحة الاقتداء كما في جوف الكعبة ومن علم منهم حال امامه لم تجز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطا ومن تقدّم على امامه فسدت صلاته كما في جوف الكعبة لتركه فرض المقام

هذا (باب) في بيان (صفة الصلاة)

الصفة والوصف مصدران من وصف يصف وأصلها وصفة كعدة أصلها وعدة حذفت الواو

وعوضت عنها الهاء ومعنى وصفت الشئ كشفت حاله وأجليت شأنه والصفة الامارة اللازمة للشئ وقال المتكلمون الصفة تقوم بالموصوف والوصف بالواصف وليت شعرى من أين التخصيص لان كلا منهما مصدر يجوز أن يتصف به الفاعل والمفعول (فرضها) أى فرض الصلاة سبعة الاول (التحريمة) أى تكبيرة الافتتاح وتسمى التكبيرة الاولى والتحريم جعل الشئ محرما وخصت التكبيرة الاولى بها لانها تحرم الاشياء المباحة قبل الشروع بخلاف سائر التكبيرات وانما عدها مع الاركان وان كانت هى شرطا عندنا خلافا للشافعى لاتصالها بها واطلاق الفرض على الاركان لانه أعم من الشرط والركن وعن بعض أصحابنا انها ركن كما قاله الشافعى وفائدة الخلاف فى أداء النفل بتحريمة الفرض وأداء فرض آخر وفيمن أحرم مقارنا بطلوع الشمس أو باستوائها أو بغروبها (و) الثانى (القيام) ركن فى الفرض دون النفل (و) الثالث (القراءة) مطلقا لقوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن (و) الرابع (الركوع و) الخامس (السجود) لقوله تعالى اركعوا واسجدوا (و) السادس (القعود الاخير) وهو فرض وليس بركن وقال مالك هو سنة ولنا أنه عليه السلام أخذ بيد عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلمه التشهد الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ثم قال اذا فعلت هذا أو قلت هذا فقد قضيت صلاتك علق تمامها به ومالا يتم الفرض الا به فهو فرض فان قلت أو لاحد الشيئين وليس فيه دلالة على ماقلتم قلت معناه اذا قرأت التشهد وأنت قاعد لان قراءته فى غير الصلاة لم تشرع ولم تعتبر اجماعا فصار المعنى اذا قلت هذا وأنت قاعد أو قعدت ولم تقل فصار التخيير فى القول لا فى الفعل اذ الفعل ثابت فى الحالين فان قلت كيف يثبت الفرض بخبر الواحد قلت ليس الثبوت به بل هو بالكتاب لان نفس الصلاة ثابتة به وتمامها منها فالخبر بيان لكيفية الاتمام والبيان به يصح كما فى مسح الرأس وقيل الفرضية بالاجماع وفيه نظر ثم حد القعود (قدر قراءة (التشهد) على الاصح وقيل قدر ما يأتى فيه بالشهادتين وعند مالك قدر ايقاع السلام (و) السابع (الخروج) أى خروج المصلى من صلاته (بصنعه) عند أبى حنيفة على تخريج البردعى اخذه من اثنى عشرية فقال لولم يبق عليه فرض لما بطلت صلاته فيها وعلى تخريج الكرخى ليس بفرض وهو الصحيح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى (وواجبها) أى واجب الصلاة اثنا عشر الاول (قراءة الفاتحة) وقالت الثلاثة فرض (و) الثانى (ضم سورة) من القرآن الى الفاتحة وقال مالك هو أيضا فرض هكذا قال صاحب الهداية وقال فى الغاية لم يقل أحد ان ضم السورة فرض (و) الثالث (تعيين القراءة فى) الركعتين (الاوليين) من الفرض وعند الشافعى فى كل الركعات فرض وعن مالك فى ثلاث (و) الرابع (رعاية الترتيب فى فعل مكرر) فى ركعة كالسجدة حتى لو ترك السجدة الثانية وقام الى الركعة الثانية لا تفسد صلاته ويجوز أن يقضيها فى آخر الصلاة وعند زفر والشافعى فرض وقيد بفعل مكرر فى ركعة لان رعاية الترتيب بين الافعال المكررة فى الركعتين ومافوقهما فرض كترتيب القيام على الركوع وترتيب الركوع على السجود لان الصلاة لا توجد الا بذلك (و) الخامس (تعديل الاركان) وهو تسكين الجوارح فى الركوع والسجود حتى تطمئن مفاصله وأدناه مقدار تسبيحة وهو تخريج الكرخى وفى تخريج الجرجانى سنة لانه شرع لتكميل الاركان وليس

بمقصود

بمقصود لذاته وقال أبو يوسف والشافعي هو فرض وهو المختار (و) السادس (القعود الاول)
وقال الكرخي والطحاوي سنة (و) السابع قراءة (التشهد) في الاولى والثانية وهو ظاهر
الرواية فلذلك أطلق والقياس أن يكون سنة في الاولى وهو اختيار البعض وعند الشافعي
التشهد في الثانية فرض (و) الثامن اصابة (لفظ السلام) وقال الشافعي فرض لقوله عليه
الصلاة والسلام وتحليلها التسليم ولنا ما روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد الامام في آخر صلاته ثم أحدث قبل أن يسلم وفي رواية قبل
أن يتكلم تمت صلاته رواه أبو داود والترمذي وما رواه لا يفيد الا الوجوب وقد قلنا به
(و) التاسع (قنوت الوتر) وقال الشافعي القنوت في الصبح لانه عليه الصلاة والسلام قنت
في الفجر بعد الركوع ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قنت شهرا يدعو على قوم من العرب ثم تركه
رواه البخاري ومسلم (و) العاشر (تكبيرات العيدين) لمواظبته عليه الصلاة والسلام عليها
(و) الحادي عشر (الجهر) فيما يجهر كالمغرب والعشاء والصبح (و) الثاني عشر (الاسرار)
فيما يسر كالظهر والعصر وعند البعض هما سنتان حتى لا يجب بتركهما سجدتا السهو وقوله
(فيما يجهر) راجع الى قوله والجهر وقوله (ويسر) راجع الى قوله والاسرار بطريق اللف
والنشر المرتب (وسننها) أي سنن الصلاة ثلاثة وعشرون على ما ذكره الاول (رفع اليدين) في أول
الصلاة (للتحريمة و) الثاني (نشر أصابعه) فلا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج
(و) الثالث (جهر الامام بالتكبير) لحاجته الى الاعلام بالدخول ولهذا سن رفع اليدين قبل
التكبير للاصم والجهر بالتكبير للاعمى (و) الرابع (الثناء) وهو قراءة سبحانك اللهم الى آخره
وعند مالك ليس هذا بسنة (و) الخامس (التعوذ) أي قراءة أعوذ بالله من الشيطان الرجيم
وعند مالك ليس بسنة (و) السادس (التسمية) وهي أن يقول بسم الله الرحمن الرحيم وعند
الشافعي وأحمد التسمية فرض لانها من الفاتحة وعند مالك لا يقرؤها أصلا بل يبدأ بعد التكبير
بالفاتحة (و) السابع (التأمين) وهو أن يقول آمين بعد قراءة الفاتحة وهي سنة في حق الامام
والمأموم جميعا وقوله (سرا) راجع الى الاربعة وهي التأمين والتسمية والتعوذ والثناء
وعند الشافعي وأحمد يجهر بالتسمية والتأمين وهذا هو الثامن من السنن وانتصابه على
المصدرية والتقدير تسر هذه الاربعة سرا أو يسرها المصلي سرا (و) التاسع (وضع يمينه) أي
يمين المصلي (على يساره) وعند مالك يرسلهما (و) العاشر وضعهما (تحت سرته) وعند الشافعي
وأحمد على صدره (و) الحادي عشر (تكبير الركوع) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان
يكبر عند كل رفع وخفض (و) الثاني عشر (الرفع منه) أي من الركوع والرفع مرفوع عطفا
على التكبير ولا يجوز جره لانه لا تكبير عند الرفع من الركوع وانما يأتي بالتسميع وعن أبي
حنيفة ان الرفع منه فرض والصحيح الاول (و) الثالث عشر (تسبيحه) أي تسبيح الركوع
(ثلاثا) أي ثلاث مرات وذلك أدناه وعند الظاهرية هي فرض (و) الرابع عشر (أخذ ركبتيه
بيديه) في الركوع (و) الخامس عشر (تفريج أصابعه) للتمكن (و) السادس عشر (تكبير
السجود) ولو قال والرفع منه كان أولى لان التكبير عند الرفع منه سنة أيضا وكذا الرفع نفسه
سنة وعن أبي حنيفة فرض (و) السابع عشر (تسبيحه) أي تسبيح السجود (ثلاثا) أي ثلاث

مرّات وذلك أدناه وعن مالك هو فرض (و) الثامن عشر (وضع يديه وركبتيه) على الارض حالة السجود وهو سنة عندنا لتحقق السجود بدون وضعهما وعند الشافعى فى قول فرض وأمّا وضع القدمين فقد ذكر القدورى أنه فرض فى السجود (و) التاسع عشر (افتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى) فى حالة القعود للتشهد فى القعدتين جميعا وعند الشافعى وأحمد يتورّك فى الاخيرة وعند مالك يتورّك فيهما جميعا (و) العشرون (القومة) بين الركوع والسجود (و) الحادى والعشرون (الجلسة) بين السجدتين وقال أبو يوسف هما فرض وبه قال الشافعى (و) الثانى والعشرون (الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم) بعد التشهد الاخير وقال الشافعى هى فرض وبه قال مالك وأحمد (و) الثالث والعشرون (الدعاء) بعد التشهد الاخير بما يشبه ألفاظ القرآن والادعية المأثورة (وآدابها) أى آداب الصلاة ستة على ما ذكره الاوّل (نظره) أى نظر المصلى (الى موضع سجوده) فى حالة القيام وفى حالة الركوع الى ظهر قدميه وفى سجوده الى أرنبة أنفه وفى قعوده الى حجره وعند التسليمة الاولى الى منكبه الايمن وعند الثانية الى منكبه الايسر (و) الثانى (كظم فمه) أى امساكه وسدّه (عند التثاؤب) لانه من الشيطان (و) الثالث (اخراج كفيه من كميه عند التكبير) الاوّل الا عند الخوف من البرد لانّ فيه التشبيه بالجبابرة (و) الرابع (دفع السعال ما استطاع) يعنى مهما أمكن لانه ليس من أفعال الصلاة ولهذا لو كان بلا عذر فحصلت منه حروف تفسد صلاته (و) الخامس (القيام) أى قيام الامام والقوم (حين قيل) أى حين يقول المؤذن (حىّ على الفلاح) وان لم يكن الامام حاضرا لا يقوم القوم حتى يصل اليهم ويقف مكانه فى رواية وفى أخرى يقومون اذا اختلط بهم وقيل يقوم كل صف ينتهى اليه الامام وهو الاظهر وان دخل من قدّام يقومون حين يقع بصرهم عليه وقال زفر يقومون حين قيل قد قامت الصلاة الاولى ويحرمون عند الثانية (و) السادس (شروع الامام) فى الصلاة (مذ قيل قد قامت الصلاة) عندهما وقال أبو يوسف يشرع اذا فرغ من الاقامة وبه قال الشافعى وعند مالك بعد الفراغ منها وبعد استواء الصفوف ولما فرغ عن بيان أركان الصلاة وسننها وآدابها شرع فى بيان صفتها فقال

هذا (فصل) فى بيان صفة الشروع فى الصلاة وبيان أحكامها وأحوالها (واذا أراد) المكلف (الدخول فى الصلاة) أى صلاة كانت (كبّر) الا اذا كان أخرس أو أمّيا لا يحسن شيأ فانّ دخولهما بالنية فقط ولا يلزمهما تحريك اللسان (ورفع يديه) مقدما على التكبير وعن أبى يوسف مقارنا معه متوازيتين (حذاء أذنيه) بحيث يكون ابهاماه عند شحمتى أذنيه ورؤس أصابعه عند فروعهما وقال الشافعى برفعهما الى منكبيه وبه قال أحمد (فلو شرع) المصلى فى صلاته (بالتسبيح) بأن قال سبحان الله عوض الله أكبر (أو التهليل) بأن قال لا اله الا الله (أو) شرع (بالفارسية) بأن قال خدا بزرك بمعنى الله أكبر وكذا سائر لغات العجم مثل السريانية والعبرانية والهندية والتركية (صحّ) شروعه فى هذه الصور أمّا الافتتاح بالتسبيح والتهليل فهو قول أبى حنيفة ومحمد وكذلك يجوز عندهما كل ما يدل على التعظيم وقال أبو يوسف ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله أكبر والله الاكبر والله كبير والله الكبير وقال الشافعى لا يجوز الا بالاولين وقال مالك وأحمد لا يجوز الا بالله أكبر ولهما قوله تعالى وذكر

اسم

قوله خدا بزرك فى نسخة هكذا الخطه بغير ياء اه

اسم ربه فصلى نزلت فى تكبيرة الافتتاح فقد اعتبر مطلق الذكر والمقصود التعظيم وقد حصل ولكن قيل يكره الشروع بغير لفظ التكبير لاجل الاخبار وقال السرخسي الاصح أنه لا يكره وأما الشروع بالفارسية أو القراءة بها فهو جائز عند أبي حنيفة مطلقا وقالا لا يجوز الا عند العجز وبه قالت الثلاثة وعليه الفتوى وصح رجوع أبي حنيفة الى قولهما (كما لو قرأ بها) أي بالفارسية حال كونه (عاجزا) عن العربية فانه يجوز بلا خلاف (أو ذبح) حيوانا (وسمى بها) أي بالفارسية جاز أيضا بلا خلاف وكذا التلبية فى الحج والسلام (لا) يصح شروعه فيها (باللهم اغفر لى) لانه ليس بتعظيم خالص اذ هو مشوب بحاجته ولو قال اللهم فقط يصح عند البصريين خلافا للكوفيين ولو قال الله فقط يجوز عند أبي حنيفة خلافا لمحمد وكذا لو قال الرحمن أو الرب أو الكبير أو الاكبر ولم يزد عليه وقيل يصير شارعا بالرحمن لا بالرحيم ولو أبدل الكاف قافا يصير شارعا لان العرب تفعله (ووضع يمينه على يساره) يعني الكف على الكف ويقال على المفصل وعند أبي يوسف يقبض بيده اليمنى رسغ يده اليسرى وفي المفيد يأخذ رسغه بالخنصر والابهام وهو المختار لانه يلزم من الاخذ الوضع ولا ينعكس وعند مالك يرسلهما وسنة الوضع عندنا (تحت سرته) وعند الشافعي على صدره وقد مر وقوله (مستفتحا) حال من الضمير الذي فى وضع أي قارئا سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعند أبي يوسف والشافعي فى قول يتوجه أيضا وعن الشافعي يتوجه فقط (وتعوذ) يعني قال أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار أبي عمرو وعاصم وابن كثير وقيل المختار استعيذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار حمزة وقال مالك لا يتعوذ وقد مر وانتصاب (سرا) على الحال أو على أنه صفة لمصدر محذوف أي تعوذ تعوذا سرا كما ذكرنا وقوله (للقراءة) يتعلق بقوله تعوذ يعني التعوذ سنة للقراءة فيكون تبعا لها عندهما وعند أبي يوسف والشافعي تبع للثناء وأشار الى فائدة الخلاف بقوله (فيأتي به) أي بالتعوذ (المسبوق) لانه يقرأ (لا) يأتي به (المقتدى) لانه لا يقرأ (ويؤخر) التعوذ (عن تكبيرات العيد) لانه انما يقرأ بعدها وعند أبي يوسف لا يأتي به المسبوق لانه يتعوذ حين يشرع فيها ويأتي به المقتدى لانه يأتي بالثناء ويتعوذ قبل تكبيرات العيد (وسمى) يعني قال بسم الله الرحمن الرحيم بعد التعوذ وقال مالك لا يسمى وانتصاب (سرا) على الحال من الضمير الذي فى سمى أي حال كونه مسارا وقال الشافعي يجهر بها فى الجهرية ولنا ما روى عن أنس رضي الله تعالى عنه أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم فلم أسمع أحدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم رواه مسلم ولم يصح حديث فى الجهر بالبسملة وقوله (فى كل ركعة) يتعلق بقوله سمى وهذا عندهما وعند أبي حنيفة يسمى فى أول صلاته فقط وعن محمد اذا كان يخفي بالقراءة يأتي بها بين الفاتحة والسورة لانه أقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر لا يأتي بها بينهما (وهى) أي التسمية (آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور) كالديباجة والطراز على أوائل السور وقال مالك ليست من القرآن الا فى النمل فانها بعض آية فيها لان القرآن لا يثبت الا بالتواتر ولم يوجد (وليست) التسمية آية (من الفاتحة ولا من كل سورة) وقال الشافعي هي من الفاتحة قولا واحدا وكذا من غيرها على الصحيح لاجماعهم على كتابتها فى المصاحف مع الامر بتجريد المصاحف وهو من أقوى الحجج ولنا ما رواه

ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعرف فصل السور حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم رواه أبو داود والحاكم فان قلت ينبغي أن تجوز الصلاة بها عند أبي حنيفة قلت عدم الجواز لاشتباه الآثار واختلاف العلماء في كونها آية (و) بعد التسمية (قرأ) سورة (الفاتحة) وجوبا وعند الشافعي فرضا (و) قرأ معها (سورة) من القرآن وجوبا (أو) قرأ (ثلاث آيات) عوض السورة (وأمّن الامام) بعد قراءة الفاتحة (و) كذا (المأموم) تأمينا (سرّا) وعند الشافعي جهرا عند الجهر بالقراءة وعن مالك لا يأتي الامام بالتأمين وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والمد فيه بلا تشديد اختيار الفقهاء والقصر اختيار أهل اللغة والتشديد فيه خطأ فاحش حتى لو قال آمّين بالمد والتشديد قيل تفسد صلاته والفتوى على أنها لا تفسد ولو قال بالمد وحذف الياء لا تفسد عند أبي يوسف ولو قال بالقصر والحذف ينبغي أن تفسد لانه لم يوجد في القرآن بخلاف الاول ولو قال بالقصر والتشديد ينبغي أن تفسد وهو ليس من الفاتحة اتفاقا ومعناه استجب دعاءنا (و) بعد الفراغ من القراءة (كبر بلا مدّ) لان المد ان كان في أوله وهي همزة الله تفسد صلاته لانه استفهام وان تعمده يكفر لاجل الشك في الكبرياء وان كان في همزة أكبر فكذلك الجواب وان كان في باء أكبر فقد قيل تفسد لانه خطأ من حيث اللغة ولان اكبارا جمع كبر وهو الطبل فيخرج من معنى التكبير وقيل لا تفسد وان كان المد في لام الله فحسن ما لم يخرج عن حدّها (و) بعد ذلك (ركع ووضع يديه على ركبتيه وفرّج أصابعه) للتمكن (وبسط ظهره وسوّى رأسه بعجزه) وهو نصفه المؤخر أراد لا يرفع رأسه الى فوق ولا ينكسه الى أسفل (وسبح فيه) أي في الركوع (ثلاثا) أي ثلاث مرّات وذلك أدناه ويكره أن ينقص عنها أو يترك كله وقال أبو مطيع لا تجوز صلاته وعن الشافعي يزيد فيه اللهمّ لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت وعليك توكلت وفي السجود سجد وجهي للذي خلقه وصوّره وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين وعن مالك لا تسبيح في الركوع (ثم) بعده (رفع رأسه) وقال ان كان اماما سمع الله لمن حمده وان كان مأموما يقول ربنا لك الحمد وان كان منفردا يجمع بينهما في رواية وقيل لا (واكتفى الامام بالتسميع) عند أبي حنيفة وقالا يقول ربنا لك الحمد سرّا أيضا لانه حرّض غيره فلا ينسى نفسه وقال الشافعي يأتي الامام والمأموم بالذكرين ولنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد رواه البخاري ومسلم قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة (و) اكتفى (المؤتم والمنفرد بالتحميد) أي ربنا لك الحمد وقد ذكرناه (ثم) بعد ذلك (كبر ووضع ركبتيه) أولا (ثم) وضع (يديه ثم) وضع (وجهه بين كفيه) لحديث وائل رضي الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه رواه أبو داود وهو حجة على مالك حيث يقول ان شاء وضع يديه أولا ثم ركبتيه وان شاء عكس هذا الذي ذكره (بعكس النهوض) أي القيام يعني في النهوض يرفع وجهه أولا ثم يديه ثم ركبتيه وهذا عكس ما فعل أولا (وسجد على الارض (بأنفه وجبهته) جمعا (وكره) السجود أي الاقتصار فيه (بأحدهما) أي الانف أو الجبهة وهذه اشارة الى جواز الاكتفاء بأحدهما أيهما كان مع الكراهة عند أبي حنيفة وقالا ان سجد على الجبهة دون الانف جاز وبالعكس لا فالسجود على الجبهة فرض عندهما لقوله عليه

السلام

السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء وعد منها الجبهة ولو كان الانف محل السجود لذكره فصار كالخد والذقن وله ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمرت ان أسجد على سبع ولا أكف الشعر ولا الثياب الجبهة والانف واليدين والركبتين والقدمين رواه مسلم (أو) سجد (بكور) أى على كور (عمامته) فانه يكره أيضا وقال الشافعى لايجوز لقوله عليه السلام مكن جبهتك من الارض ولنا أنه عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويصلى بثوب واحد يتقى بفضوله حر الارض وبردها رواه أحمد وقال البخارى فى صحيحه قال الحسن كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة وكذا الخلاف لو سجد على فاضل ثوبه ولو سجد على كفه وهى على الارض جاز على الاصح ولو سجد على فخذه من غير عذر لايجوز على المختار وعلى ركبتيه لايجوز مطلقا ولو سجد على ظهر من فى صلاته يجوز وعلى ظهر من يصلى صلاة غيره أو ليس فى الصلاة لايجوز وان سجد على شئ لايلقى حجمه لايجوز كالقطن المحلوج والثلج والتبن والدخن ونحو ذلك (وأبدأ) بالهمزة من الابداء وهو الاظهار (ضبعيه) أى عضديه يعنى يباعدهما عن جنبه (وجافى) أى باعد (بطنه عن فخذيه) وقيل ان كان فى الصف لايجافى حذرا من اضرار الجار والمرأة لاتجافى مطلقا (ووجه أصابع رجليه نحو القبلة) كذا فى حديث أبى حميد رضى الله عنه (وسبح فيه) أى فى السجود (ثلاثا) أى ثلاث مرات يقول سبحان ربى الاعلى وذلك أدناه وعن مالك التسبيح فيه فرض (والمرأة) فى الصلاة (تخفض) أى تضم نفسها (وتلزق بطنها بفخذيها) لان ذلك أسترلها (ثم رفع) المصلى رأسه بعد مافرغ من السجود الاول حال كونه (مكبرا وجلس) بين السجدتين حال كونه (مطمئنا وكبر) أيضا (وسجد) سجدة ثانية وهى فرض كالاولى حال كونه (مطمئنا) واختلف فى مقدار الرفع فروى عن أبى حنيفة انه ان كان الى القعود أقرب جاز وان كان الى الارض لايجوز وقال محمد بن سلمة اذا رفع رأسه بحيث لايشكل على الناظر أنه قد رفع يجزئه وعن أبى حنيفة اذا رفع رأسه مقدار مايمر الريح بينه وبين الارض جاز (و) بعد ذلك (كبر للنهوض) يعنى للقيام الى الركعة الثانية (بلا اعتماد) بيديه على الارض (و) لا (قعود) بين السجدة الثانية والقيام الى الركعة الثانية وقال الشافعى يعتمد ويجلس جلسة خفيفة ولنا مارواه أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام كان ينهض على صدور قدميه رواه الترمذى (و) الركعة (الثانية كالاولى) أى كالركعة الاولى فى الهيئة (الا أنه) أى المصلى (لايثنى) أى لايأتى فيها بالثناء وهو سبحانك اللهم الخ (ولا يتعوذ) لانهما لم يشرعا الا فى أول الصلاة (ولا يرفع) المكلف (يديه الا فى) سبع مواضع يعبر عنها بحروف (فقعس صمعج) الفاء من تكبيرة الافتتاح والقاف من القنوت والعين من العيدين والسين من استلام الحجر الاسود والصاد من الصفا والميم من المروة والعين من عرفة وجمع وهو المزدلفة والجيم من الجمرة الاولى والوسطى فان قلت الحديث فى سبع مواطن وهذه ثمانية قلت الصفا والمروة كلاهما فى حكم الواحد فتبقى سبعة (واذا فرغ) المصلى (من سجدتى الركعة الثانية افترش رجله اليسرى وجلس عليها ونصب يمناه) أى رجله اليمنى (ووجه أصابعه نحو القبلة) هكذا وصفت عائشة رضى الله تعالى عنها قعود النبى صلى الله عليه وسلم فى صلاته وقد ذكرنا الخلاف فيه (ووضع يديه على فخذيه) وأشار الى كيفية الوضع بقوله (وبسط أصابعه) ولكن اختلف فى وضع اليد اليمنى فعن أبى يوسف

أنه يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى والابهام ويشير بالسبابة وعن محمد انه عليه الصلاة والسلام كان يشير ونحن نصنع بصنعه ويقال لا يشير وفى المنية الاشارة مكروهة وفى التحفة الاشارة مستحبة وهى الاصح على ما ثبت فى الحديث (وهى) أى المرأة (تتورك) أى تخرج رجليها من جانبها الايمن وتمكن وركها من الارض لانه استرلها وعند مالك الرجل كالمرأة (وقرأ) المصلى (تشهد) عبد الله (بن مسعود) رضى الله عنه وهو مشهور وقال الشافعى تشهد ابن عباس رضى الله عنهما وهو التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله لما روى ابن عباس أنه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فقال التحيات المباركات الى آخره رواه مسلم وأبو داود ولكن السلام بالالف واللام فى الموضعين وخرجه ابن ماجه كما رواه مسلم لكن قال وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وروى النسائى كمسلم لكنه نكر السلام وقال وأن محمدا عبده ورسوله وهذا فيه اضطراب كثير وكلهم رووه على خلاف ما يقوله الشافعى وشرط لجواز الصلاة أن يصلى على النبى عليه الصلاة والسلام بعد التشهد وهى ليست فى تشهد أحد منهم والاصح ما قلنا لاتفاق أهل النقل على تشهد ابن مسعود فقال الترمذى والخطابى وابن المنذر وابن عبد البر تشهد ابن مسعود أصح حديث فى التشهد وعليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين وقال أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسى اعلم أن كل من جهر بالبسملة وقنت فى الصبح وتشهد بتشهد ابن عباس وما أشبه ذلك من المسائل التى صح النقل بخلافها فانه متبع للهوى مخالف للسنة وان كان وقع عليه الاسم مجازا فعذره عذر المقلد (وفيما بعد الاولين) من الفرائض (أكتفى) المصلى (بالفاتحة) وان شاء تركها وعن أبى حنيفة أنها واجبة حتى يجب سجود السهو بتركها قال الشارح والصحيح الاول قلت الصحيح هو الثانى (والقعود الثانى) فى الصلاة (كالاول) أى كالقعود الاول عندنا وعند الشافعى يتورك فى الثانى وعند مالك يتورك فيهما وقد ذكرناه (وتشهد) فى الثانى أيضا (وصلى على النبى) صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد وهى سنة عندنا وعند الثلاثة فرض وقد بيناه (ودعا) بعد الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم (بما يشبه) ألفاظ (القرآن) نحو اللهم اغفر لى ولوالدى (و) بما يشبه الالفاظ المأثورة فى (السنة) نحو قوله اللهم انى أعوذ بك من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ومن شر فتنة المسيح الدجال (لا) يدعو بما يشبه (كلام الناس) وهو ما لا يستحيل سؤاله من العباد نحو أعطنى كذا وزوجنى امرأة وما لا يشبه كلامهم ما يستحيل سؤاله منهم نحو اللهم اغفر لى ولو قال اللهم ارزقنى فلانة تفسد فى الصحيح لانه يستعمل فيما بيننا فان محمدا قال يقال رزق الامام اذا رزق الجيش وقيل كل ما كان فى القرآن أو معناه لا يفسد حتى لو قال اللهم ارزقنى من بقلها وقثائها وفومها لا تفسد ولو قال اللهم ارزقنى بقلا وقثاء وفوما تفسد وهذا كله اذا لم يقعد قدر التشهد وأما اذا قعد فصلاته تامة يخرج به من الصلاة (وسلم) مقارنا (مع) تسليم (الامام) فى رواية عن أبى حنيفة وفى أخرى بعد تسليمه كما هو مذهبهما ومذهب الشافعى لانه

خروج من العبادة فلا يحتاج الى المبادرة (كالتحريمة) أى كما أنه يحرم مقارنا لتحريمة الامام عند
ابى حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام واذا كبر فكبروا والفاء للقران كما فى قوله تعالى واذا قرئ
القرآن فاستمعوا له وعندهما بعده لان الفاء للتعقيب وبه قال الشافعى قيل هذا الخلاف فى الجواز
وقيل لا خلاف فى الجواز وهو الصحيح وانما الخلاف فى الاولوية وكلمة عن فى قوله (عن يمينه)
تتعلق بقوله سلم أى سلم عن يمينه مرة (و) عن (يساره) أخرى وقال مالك يسلم تسليمة واحدة تلقاء
وجهه ويميل قليلا الى اليمين وانتصاب (ناويا) على الحال من الضمير الذى فى سلم أى حال كونه ناويا
(القوم) من الرجال والنساء وقيل لا ينوى النساء فى زماننا ولا من لا شركة له فى صلاته وقيل
ينويهم مطلقا (والحفظة) وهم الملائكة الذين يحفظونه من غير تعيين عدد لاختلاف الآثار فى
عددهم كالانبياء عليهم السلام فقيل مع كل مؤمن خمسة من الحفظة وقيل ملكان وقيل ستون
ملكا وقيل مائة وستون (و) ينوى المقتدى (الامام) أيضا اذا كان (فى الجانب الايمن أو)
فى الجانب (الايسر أو) نوى (فيهما) أى فى التسليمتين (لو) كان (محاذيا) للامام وعن أبى يوسف
نواه فى الاولى ترجيحا للجانب الايمن (ونوى الامام) أيضا القوم (بالتسليمتين) وقيل لا ينويهم
وقيل ينوى بالتسليمة الاولى والصحيح الاول والمنفرد ينوى الحفظة فقط (وجهر) الامام (بقراءة
الفجر وأولى العشاءين) أى المغرب والعشاء (ولو) كان يصلى (قضاء) وقيل يخافت فى القضاء
والاول أصح لان القضاء يحكى الاداء (و) يجهر أيضا بقراءة (الجمعة والعيدين) للتوارث
(ويسر) بالقراءة (فى غيرها) كالظهر والعصر وعن مالك يجهر فى ظهر عرفة لانها تؤدى بجمع
عظيم فأشبهت الجمعة ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء أى ليس فيها
قراءة مسموعة (كمتنفل بالنهار) حيث يخفى بالقراءة بلا خلاف (وخير المنفرد) الذى يصلى
وحده ان شاء جهر بالقراءة (فيما يجهر) وان شاء خافت (كمتنفل بالليل) حيث يخير ولكن
الجهر أفضل ليكون الاداء كهيئة الجماعة ولكن لا يبالغ فى الجهر (ولو ترك) المصلى قراءة
(السورة فى أولى العشاء قرأها) أى السورة (فى) الركعتين (الاخريين مع) قراءة (الفاتحة)
قراءة (جهرا ولو ترك) قراءة (الفاتحة لا) يقرؤها وقال أبو يوسف لا يقضى واحدة منهما
لانه لو قرأ فاما ان يجهر بهما وفيه تغيير الفاتحة أو يخافت بهما وفيه تغيير السورة أو يجمع
بينهما جهرا ومخافتة وفيه تغيير المشروع فوجب الكف أصلا ولهما وهو الفرق بين
الوجهين ان قراءة الفاتحة فى الشفع الثانى مشروعة فاذا قرأها مرة وقعت عن الاداء
لانها أقوى لكونها فى محلها ولو كررها خالف المشروع بخلاف السورة فان الشفع الثانى
ليس محلا لها أداء فجاز أن يقع قضاء لانه محل للقضاء فان قلت قراءة السورة فى الاخريين
واجبة أم مستحبة قلت ذكر فى الجامع الصغير ما يقتضى الوجوب لانه قرأ فى الاخريين
الفاتحة والسورة وهو اخبار من المجتهد فجرى مجرى اخبار صاحب الشرع فى اقتضاء
الوجوب وذكر فى الاصل ما يقتضى الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة فى الاوليين أحب الى
أن يقرأها فى الاخريين ثم عن أبى حنيفة ثلاث روايات فى رواية يخافت بهما وفى رواية يجهر
بالسورة دون الفاتحة وهو اختيار فخر الاسلام وفى رواية يجهر بهما وهو الاصح ولا بد من
تصحيح الحروف لتصير قراءة فان صححها ولم يسمع نفسه يجوز عند الكرخى وقال شمس الائمة

الاصح أنه لا يجزئه مالم يسمع أذناه ويسمع من بقربه وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والايلاء والبيع (وفرض القراءة) فى الصلاة (آية) ولو كانت قصيرة وقالا لا بد من ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لان القارئ بما دونها لا يسمى قارئا عرفا وله اطلاق قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن الا ان ما دون الآية خارج ولو كانت الآية كلمة مثل مدهامتان أو حرفا واحدا مثل ص وق ون اختلف فيها الاصح أنه لا يجوز ولو قرأ آية طويلة فى الركعتين كآية الكرسى والمداينة الاصح أنه يجوز عنده (وسنتها) أى سنة القراءة (فى السفر) قراءة (الفاتحة وأى سورة شاء) لان مبناه على التخفيف (و) سنتها (فى الحضر) أى فى الاقامة (طوال المفصل) وهو السبع السابع سمى به لكثرة فصوله وهو من سورة محمد عليه السلام وقيل من الفتح وقيل من ق الى آخر القرآن وطواله الى سورة البروج (لو) كان الذى يصليه (فجرا أو ظهرا و) سنتها (أوساطه) أى أوساط المفصل وهى من البروج الى لم يكن (لو) كان الذى يصليه (عصرا أو عشاء و) سنتها (قصاره) أى قصار المفصل وهى من لم يكن الى آخر القرآن (لو) كان الذى يصليه (مغربا) وفى هذا الباب آثار كثيرة (وتطال أولى) صلاة (الفجر) على الثانية بالاجماع ليدرك الناس الجماعة وينبغى أن يكون التفاوت بقدر الثلث والثلثين استحبابا وان كان فاحشا لا بأس به واطالة الثانية على الاولى بثلاث آيات يكره اجماعا وبآية أو آيتين لا يكره وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا تطال الاولى على الثانية فى غير الفجر بل يسويهما وقال محمد غير الفجر مثل الفجر لان المذكور موجود فى الكل ولهما أنهما فى الاستحقاق سواء ولكن تركنا القياس فى الفجر لانه وقت نوم وغفلة (ولم يتعين شئ من القرآن) سوى الفاتحة (لصلاة) لاطلاق الامر هذا اذا لازم فاما اذا قرأ أحيانا أو تبركا أو تيسرا فلا يكره وقيل الكراهة فيما اذا لم يعتقد بغيرها الجواز أما اذا اعتقده بغيرها فلا يكره وبعضهم أثبت هنا خلاف الشافعى وليس بوجه لان المراد ان كان تعيين الفاتحة فليس فيه خلاف لان تعينها اجماع ولكن الخلاف فى جهة التعيين فعنده بطريق الفرض وعندنا بطريق الوجوب وان كان المراد تعيين غير الفاتحة فكذلك لا يتصور الخلاف لان الشافعى ما عين غير الفاتحة لشئ من الصلاة على اعتقاد عدم الجواز بغيرها بل تبركا بقراءة النبى عليه الصلاة والسلام كما كان يقرأ غالبا فى الصبح الم تنزيل السجدة وهل أتى على الانسان وفى الجمعة آخر المنافقين والتغابن ونحن أيضا لا ننكره هذا على هذا النمط فلم يكن فى الحقيقة خلاف فلا ينبغى أن يكتب ألفا علامة للشافعى رحمه الله ههنا (ولا يقرأ المؤتم) خلف الامام (بل يستمع) الى قراءة الامام وقال مالك يقرأ فى السرية لا فى الجهرية وقال الشافعى وأحمد يقرأ الفاتحة فى الكل لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا وأكثر أهل التفسير على أن هذا خطاب للمقتدين وفى حديث أبى هريرة واذا قرئ فأنصتوا قال مسلم هذا الحديث صحيح ثم المقتدى اذا قرأ خلف الامام فى السرية قيل لا يكره واليه مال الشيخ الامام أبو حفص وقيل عن محمد لا يكره خلافا لهما (وينصت) المؤتم أى يصغى (وان قرأ) الامام (آية الترغيب) مثل آيات الجنة (أو) آية (الترهيب) أى التخويف مثل آيات النار (أو خطب) الخطيب (أو صلى) فى الخطبة (على النبى) صلى الله عليه وسلم لان سؤال الجنة والتعوذ من النار والصلاة على النبى

صلى الله عليه وسلم مخل بفرض الاستماع لكن اذا قرأ الخطيب يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا يصلي السامع و يسلم في نفسه سرا ائتمارا للامر فان قلت أو خطب معطوف على قرأ ظاهرا وهو فاسد من جهة المعنى لانه يقتضي أن يكون الانصات واجبا قبل الخطبة فيصير معنى الكلام يجب عليه الانصات فيها وان قرأ آية الترغيب أو الترهيب أو خطب وأيضا يقتضي أن تكون الخطبة والصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام واقعتين في نفس الصلاة وليس كذلك قلت فاعل قرأ هو الامام وفاعل خطب هو الخطيب وهو في حالة الخطبة غير امام فيكون هذا العطف عطف جملة على جملة أخرى ولا يلزم ماذكر فافهم (والنائي) أي البعيد عن المنبر بحيث لا يسمع الخطبة (كالقريب) منه على المختار حتى يجب عليه الانصات

* هذا (باب) في بيان أحكام (الامامة) *

وهي أفضل من الاذان عندنا وعند الشافعي بالعكس (الجماعة) في الفرائض (سنة مؤكدة) أي شبيهة بالواجب حتى استدل بملازمتها على وجود الايمان وقيل فريضة فقيل فرض كفاية وقيل فرض عين وبه قال أحمد وأهل الظاهر ومن فاتته جماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر لكن اذا أتى الى مسجد آخر ليصلي مع الجماعة فحسن وذكر القدوري أنه يجمع في أهله وتسقط بالاعذار كالمرض والاقعاد والزمانة والعمى على الخلاف والفلاجة وذهاب اليد والرجل من خلاف وذهاب الرجلين والسن البالغ والمطر الشديد والبرد الشديد والظلمة الشديدة (والاعلم) أي أعلم الناس أي أكثرهم علما في الدين والسنة (أحق بالامامة) وعن أبي يوسف أن الاقرأ أولى لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة الحديث ولهما حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليؤم القوم أعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقرؤهم لكتاب الله الحديث وانما قدم الاقرأ في ذلك لانهم كانوا يتعلمون القرآن في ذلك الوقت بأحكامه كما روى أن عمر رضي الله عنه حفظ سورة البقرة في اثنتي عشرة سنة فالاقرأ منهم يكون أعلم وفي هذا الزمان بالعكس (ثم الاقرأ) أحق اذا تساووا في العلم لما روينا (ثم الاورع) أحق اذا تساووا في القراءة والعلم لقوله عليه السلام اجعلوا أئمتكم خياركم (ثم الاسن) أحق اذا تساووا في القراءة والعلم والورع لقوله عليه السلام لمالك بن الحويرث ولصاحب له اذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما فان تساووا في ذلك فأصبحهم وجها فان تساووا في ذلك فأحسنهم خلقا فان تساووا فأشرفهم نسبا فان تساووا يقرع بينهم فمن خرجت قرعته فهو أولى أو الخيار الى القوم (وكره امامة العبد) لغلبة الجهل عليه باشتغال بخدمة مولاه (و) امامة (الاعرابي) وهو الذي يسكن البادية سواء كان عربيا أو عجميا للجهله وجهله (و) امامة (الفاسق) لنفرة الناس عنه وقال مالك لا تصح امامته أصلا (و) امامة (المبتدع) أي صاحب الهوى الذي لا يكفر به صاحبه فلا تجوز امامة الرافضي والجهمي والقدري والمشبهة ومن يقول بخلق القرآن (و) امامة (الاعمى) لانه لا يتوقى النجاسة وفي البدائع اذا كان لا يوازيه غيره في الفضيلة في مسجده فهو أولى وقد استخلف النبي صلى الله عليه وسلم ابن أم مكتوم على المدينة (و) امامة (ولد الزنا) لنفرة الناس عنه لكونه متهما وما قيل لانه ليس له أب فيعلمه فيغلب عليه الجهل تعليل بارد (و) كره للامام (تطويل الصلاة) على القوم

لحديث معاذ المشهور (و) كره ايضا (جماعة النساء) لانها لاتخلو عن نوع حرام (فان فعلن) يعنى فان أردن أن يصلين جماعة (تقف الامام) منهن (وسطهن) تحرزا عن زيادة الكشف (كالعراة) جمع عار من الثوب فانهم اذا صلوا بجماعة يقف الامام وسطهم لما ذكرنا (و يقف الواحد عن يمينه) أى عن يمين الامام مساويا له لانه عليه السلام صلى بابن عباس فأقامه عن يمينه وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الامام والعبرة لموضع الوقوف لا لموضع السجود حتى لو كان المقتدى أطول منه فوقع سجوده أمام الامام لم يضره وقوله عن يمينه قيد للفضيلة حتى لو صلى فى يساره أو خلفه جاز ويكون مسيأ لمخالفته السنة (و) يقف (الاثنان خلفه) أى خلف الامام وعن أبى يوسف أنه يتوسطهما لان ابن مسعود رضى الله عنه صلى بعلقمة والاسود فى بيته وقام وسطهما ولهما أنه عليه السلام صلى بأنس ويتيم فأقامهما خلفه وأم سليم وراءهما وفعل ابن مسعود كان لضيق المقام كذا قال النخعى وهو أعلم الناس بمذهب ابن مسعود والمرأة فى حكم الاصطفاف كالعدم حتى لو كان خلفه رجل واحد وامرأة يقوم الرجل بحذائه كما لو لم يكن معه امرأة (ويصف الرجال ثم) بعدهم يصف (الصبيان ثم) بعدهم يصف (الخناثى ثم) بعدهم يصف (النساء) لقوله عليه السلام ليلنى منكم أولوا الاحلام والنهى ويتفرع على هذا مسئلة المحاذاة فلذلك ذكرها بالفاء حيث يقول (فان حاذته) أى المصلى أنثى (مشتهاة) بان كانت بنت سبع وقيل تسع والاصح أن تكون صالحة للجماع بأن تكون عبلة ضخمة سواء كانت محرما أو أجنبية وينبغى أن تكون عاقلة فلا تفسد بالمجنونة والمعتبر فى المحاذاة الكعب والساق فى الاصح وبعضهم اعتبر القدم وقوله (فى صلاة) فى محل النصب على الحال أى حال كونهما فى صلاة (مطلقة) أى التى لها ركوع وسجود وان كانا يصليان بالايماء بعد أن تكون مطلقة فى الاصل واحترز بها عن المحاذاة فى صلاة الجنازة فانها غير مفسدة لانها دعاء وأراد بقوله (مشتركة تحريمة) أى من حيث التحريمة بأن يكونا بانيين تحريمتهما على تحريمة الامام (واداء) أى مشتركة أيضا من حيث الاداء بأن يكون لهما امام فيما يؤديان تحقيقا أو تقديرا حتى لو اقتدى رجل وامرأة بامام فأحدثا وتوضا ثم جاآ وقد صلى الامام فقاما ليقضيا فحاذته فسدت صلاته لوجود الشركة تحريمة من حيث الاداء لانهما بنيا تحريمتهما على تحريمة الامام أداء لان لهما اماما فيما يقضيان تقديرا لانهما التزما الاداء مع الامام فلزمهما الخروج عن عهدة ذلك فيجعل كأنهما خلفه واللاحق مثل المدرك بخلاف المسبوق حتى لو كانا مسبوقين وحاذته فيما يقضيان لا تفسد صلاته لانهما منفردان فيما يقضيان ولهذا يقرآن ولو حاذته فى الطريق وهما لاحقان لا تفسد صلاته فى الاصح لانهما مشتغلان باصلاح الصلاة لا بحقيقتها فانعدمت الشركة أداء وان وجدت تحريمة ولو اقتديا فى الركعة الثالثة ثم أحدثا وذهبا للوضوء ثم حاذته فى القضاء ينظر فان حاذته فى الاولى أو الثانية وهى الثالثة والرابعة للامام تفسد صلاته لوجود الشركة فيهما تقديرا لكونهما لاحقين فيهما وان حاذته فى الثالثة والرابعة لا تفسد لعدم المشاركة فيهما لكونهما مسبوقين وقوله (فى مكان واحد) نصب على الحال أيضا احترز به عما اذا كانا فى مكانين حتى لو كان هو على دكان وهى على الارض والدكان قدر قامة الرجل لا تفسد صلاته لعدم تحقق المحاذاة واحترز بقوله (بلا حائل) بينهما عما اذا كان بينهما حائل وأدناه قدر مؤخرة الرحل لان أدنى الاحوال القعود فقدر أدناه به وغلظه

مثل غلظ الاصبع والفرجة تقوم مقام الحائل وأدناها قدر ما يقوم فيه الرجل وقوله (فسدت صلاته) جواب فان أى صلاة الرجل دون صلاتها وقوله (ان نوى) الامام (امامتها) اشارة الى شرط آخر وهو أن ينوى الامام امامتها أو امامة النساء وقت الشروع لا بعده لان الفساد يلزمه من جهتها فلا بد من التزامه وقال زفر لا تشترط نية امامتهن فهذه شروط خمسة ذكرها المصنف وبقى ههنا شرطان آخران لم يذكرهما الاول أن تكون المحاذاة فى ركن كامل حتى لو كبرت فى صف وركعت فى صف آخر وسجدت فى ثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف وفى ملتقى البحار يشترط أن تؤدى ركنا محاذية عند محمد وعند أبى يوسف لو وقفت مقدار ركن فسدت وان لم تؤد وفى مختصر بحر المحيط لو حاذته أقل من مقدار ركن فسدت عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد الا مقدار الركن الثانى أن تكون جهتهما متحدة حتى لو اختلفت لا تفسد ولا يتصور ذلك الا فى جوف الكعبة أو فى ليلة مظلمة وصلى كل واحد بالتحرى الى جهة وقالت الثلاثة المحاذاة غير مفسدة أصلا وهو القياس وجه الاستحسان ما رواه جماعة من أصحابنا فى كتبهم من قوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن الله فاذا ترك التأخير فقد ترك مكانه فتفسد صلاته كالمقتدى اذا تقدم على امامه فان قلت فروض الصلاة لا تثبت بخبر الواحد قلت ذاك فى الذى ثبت بالكتاب وهذا من فروض الجماعة فيثبت بالسنة فان قلت هذا خبر الواحد فلا تجوز به الزيادة على النص قلت قال صاحب الهداية وغيره انه من المشاهير فتجوز به الزيادة وليت شعرى كيف يكون هذا من المشاهير ولم يثبت كونه حديثا عن النبى عليه السلام وانما هو موقوف على ابن مسعود رضى الله عنه على ما قاله الطبرانى وغيره (ولا يحضرن) أى النساء سواء كن شواب أو عجائز (الجماعات) لظهور الفساد وعند أبى حنيفة للعجوز أن تخرج فى الفجر والمغرب والعشاء وعندهما يخرجن فى الكل وبه قالت الثلاثة والفتوى اليوم على المنع فى الكل فلذلك أطلق المصنف ويدخل فى قوله الجماعات الجمع والاعياد والاستسقاء ومجالس الوعظ ولا سيما عند الجهال الذين تحلوا بحلية العلماء وقصدهم الشهوات وتحصيل الدنيا (وفسد اقتداء رجل بامرأة) لما روينا (وصبى) لانه متنفل فلم يجز اقتداء المفترض به وقال الشافعى يجوز وقال مشايخ بلخ تصح امامة الصبى فى التراويح والسنن والنوافل والمختار أنه لا يصح فى جميع الصلوات (و) فسد أيضا اقتداء مصل (طاهر بمعذور) مثل من به سلس البول والرعاف الدائم ونحوهما وقال زفر يجوز وبه قال الشافعى ويجوز اقتداء المعذور بالمعذور ان اتحد عذرهما وان اختلف فلا يجوز (و) فسد أيضا اقتداء مصل (قارئ بأمى) وكذا لا يجوز اقتداء أمى بأخرس لان الامى أقوى حالا منه لقدرته على التحريمة وهو منسوب الى أم سمى به لان الشخص حين يولد من أمه لا يعقل شيأ (و) كذا فسد أيضا اقتداء (مكتس بعار) خلافا للشافعى وزفر (و) كذا فسد اقتداء (غير موم) وهو الذى يصلى بركوع وسجود (بموم) وهو الذى يصلى بالايماء وقال الشافعى وزفر يجوز (و) كذا فسد اقتداء (مفترض) وهو الذى يصلى الفرض (بمتنفل) وهو الذى يصلى النفل وقال الشافعى وأحمد يجوز (و) كذا فسد اقتداء مفترض مثلا مصلى الظهر (بمفترض) فرضا (آخر) مثلا بمصلى العصر أو الفائتة وقوله آخر صفة لمحذوف كما قدرناه وليس هو بصفة للمفترض لفساد المعنى وعند الشافعى يجوز والاصل فى هذا ان الاقتداء عنده مجرد المتابعة وعندنا صيرورة صلاته

فى ضمن صلاة الامام صحة وفسادا (لا) يفسد (اقتداء متوضئ بمتيمم) وقال محمد لا يجوز لان التيمم طهارة ضرورية لا يصار اليه الا عند العجز ولهما أنه طهارة مطلقة حتى لا تتقيد بوقت الصلاة (و) لا يفسد أيضا اقتداء (غاسل) رجليه (بماسح) على خفيه لاستواء حالهما وهذا بالاجماع (و) لا يفسد أيضا اقتداء (قائم) وهو الذى يصلى قائما (بقاعد) وهو الذى يصلى قاعدا وقال محمد لا يجوز وبه قال مالك لقوله عليه السلام لا يؤمن أحد بعدى جالسا ولهما ما ثبت فى الصحيح من اقتداء أبى بكر رضى الله عنه بالنبى عليه السلام وهو قاعد فى مرضه الذى مات فيه وأبو بكر والقوم قائمون وما رواه ضعفه أبو عمر بن عبد البر (و) لا يفسد اقتداء قائم أيضا (بأحدب) فى الاصح وفى الفتاوى الظهيرية لا تصح امامة الاحدب للقائم وذكر التمرتاشى أن حدبه اذا بلغ حد الركوع على الخلاف فيجوز عندهما خلافا لمحمد (و) لا يفسد أيضا اقتداء (موم بمثله) المومى سواء كان الامام قائما أو قاعدا لاستواء حالهما وان كان مضطجعا والمؤتم قاعدا أو قائما لا يجوز (و) لا يفسد أيضا اقتداء (متنفل بمفترض) لان الفرض أقوى (وان ظهر أن امامه محدث أعاد) صلاته خلافا للشافعى على ما ذكرنا وكذا الخلاف فى الجنب والذى فى ثوبه أو بدنه نجاسة (وان اقتدى أمى وقارئ بامى أو استخلف) القارئ الذى أحدث فى صلاته رجلا (أميا فى) الركعتين (الاخريين فسدت صلاتهم) أى صلاة الجميع الاولى فيها خلاف لابى يوسف ومحمد فانهما قالا صلاة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور أم معذورين وغيرهم وله أن الامام قدر على صلاة بقراءة فلم يقرأ فتفسد صلاته وذلك لانه وجد قارئا يصلى الثانية فيها خلاف أبى يوسف وزفر فانهما قالا لا تفسد صلاتهم لاداء فرض القراءة ولابى حنيفة ومحمد أنه استخلف من لا يصلح اماما كما لو استخلف صبيا أو امرأة

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الحدث فى الصلاة) *

(من سبقه الحدث) وهو فى الصلاة ذهب على الفور و (توضأ وبنى) على صلاته وقال الشافعى يستقبل وهو القياس ولكن تركناه للاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف أو أمذى فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وهو مذهب الخلفاء الراشدين وكلمة من تتناول الامام والمنفرد والمقتدى والاولى للمنفرد ان يستقبل وللمقتدى ان يبنى احرازا لفضيلة الجماعة فالمنفرد بعد الوضوء يتخير بين اتمام صلاته فى بيته وبين رجوعه الى مصلاه وهو أفضل والمقتدى يعود الى مكانه ان لم يفرغ امامه من الصلاة ولو أتم بقية صلاته فى بيته لم يجز الا أن يكون بيته بحذاء المسجد بحيث لو اقتدى به صح اقتداؤه وان كان امامه قد فرغ يتخير ومن شرط البناء أن يكون الحدث سماويا حتى لو أصابته شجة أو عضة زنبور فسال منها دم لا يبنى خلافا لابى يوسف ولو وقعت طوبة من سطح أو سفرجلة من شجرة أو تعثر بشئ موضوع فى المسجد فأدمى قيل يبنى وقيل على الخلاف ولو عطس فسبقه الحدث من عطاسه أو تنحنح فخرجت منه ريح بقوته قيل يبنى وقيل لا (واستخلف لو) كان الذى سبقه حدث (اماما) بأن يتأخر محدودبا واضعا يده على أنفه يوهم انه قد رعف فينقطع عنه الظنون ويقدم من الصف الذى يليه ولا يستخلف بالكلام بل بالاشارة ولو تكلم بطلت صلاتهم خلافا لمالك وله أن يستخلف ما لم يجاوز الصفوف فى الصحراء

وفى

وفى المسجد مالم يخرج منه ولو لم يستخلف حتى جاوز الكل بطلت صلاة القوم وفى صلاة الامام
روايتان (كالو حصر) أى عيى بفتح الفاء وكسر العين على البناء للفاعل من الحصر بفتحتين
(عن القراءة) فى الصلاة فاستخلف أحدا جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما هذا اذا لم يقرأ قدر
ما تجوز به الصلاة فان قرأ عليه ان يركع ولم يجز الاستخلاف اجماعا وكذا اذا نسى القرآن وصار
أميا فاستخلافه لا يجوز اجماعا (وان خرج) المصلى (من المسجد بظن الحدث) بأن ظن انه أحدث
ثم علم انه لم يحدث (أو جن) فى صلاته (أو) نام و (احتلم او اغمى عليه استقبل) الصلاة فى هذه
الصور كلها اما فى الخروج فلانه عمل كثير من غير ضرورة حتى لو لم يخرج من المسجد يصلى ما بقى
من صلاته وعن محمد يستقبل أيضا ومكان الصفوف فى الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه
ولم يكن ثم سترة يعتبر قدر الصفوف خلفه فان كان بين يديه سترة فالحد السترة وعن محمد انه يعتبر
فيه قدر الصفوف خلفه كما اذا لم يكن ثمة سترة وان استخلف تبطل صلاته وان لم يجاوز الحد
المذكور وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة لا تفسد وهو اختيار أبى نصر (وان سبقه) أى المصلى
(حدث بعد) ما قعد قدر (التشهد توضأ وسلم) لانه لم يبق عليه الا السلام فيأتى به وعند الشافعى
تفسد صلاته (وان تعمده) أى الحدث بعد التشهد (او تكلم تمت صلاته) لتعذر البناء بسبب
القاطع ولم يبق عليه شئ من الاركان وانما بقى الخروج بفعله عنده وقد وجد وفيه خلاف
الشافعى أيضا (وبطلت) الصلاة (ان رأى متيمم ماء) وقدر على استعماله وهذه الى آخره المسائل
الملقبة بالاثنى عشرية الاولى رؤية المتيمم الماء بعد ما قعد قدر التشهد قال الشارح وتقييده
بالمتيمم لبطلان الصلاة عند رؤية الماء لا يفيد لانه لو كان متوضئا يصلى خلف متيمم فرأى المؤتم
الماء بطلت صلاته وصلاة الامام تامة لعدم قدرته ولو قال وبطلت ان رأى متيمم أو المقتدى
به ماء لشمل الكل قلت المصنف تبع فى ذلك صاحب الهداية وغيره واما مسئلة المقتدى بالمتيمم
اذا رأى ماء ففيها خلاف زفر وليس فيها خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه وعند الشافعى المتيمم
اذا رأى الماء فى صلاته ان كان فى السفر فلا تبطل صلاته قولا واحدا وان كان فى الحضر
فقولان الثانية قوله (او تمت مدة مسحه) سواء كان مقيما أو مسافرا بشرط أن يكون واجدا للماء
والا لا تبطل وقيل تبطل الثالثة قوله (او نزع خفيه بعمل يسير) لا تساعه قيد به لانه اذا احتاج
الى معالجته تمت صلاته بالاجماع الرابعة قوله (او تعلم امى سورة) وكان قد صلاها بغير قراءة فتعلم
ما تجوز به الصلاة اما بالتذكر أو بمجرد السماع حتى لو تعلم حقيقة تمت صلاته لوجود صنعه وقوله
سورة وقع اتفاقا أو هو على قولهما واما عند أبى حنيفة فالاية تكفى هذا اذا كان اماما أو
منفردا واما اذا كان يصلى خلف قارئ فقد قيل لا تبطل صلاته وعند العامة تبطل الخامسة
قوله (او وجد عار ثوبا) تجوز فيه الصلاة بأن لم يكن فيه نجاسة مانعة أو كانت وعنده ما يزيلها أو
لم يكن ولكن ربعه أو أكثر منه طاهر السادسة قوله (او قدر مومئ) على الركوع والسجود
السابعة قوله (او تذكر) صلاة (فائتة) عليه ولم يسقط الترتيب بعد الثامنة قوله (او استخلف
أميا) بعد ما أحدث وذكر الفقيه أبو جعفر انها لا تفسد فى هذه لان الاستخلاف فى نفسه
عمل كثير التاسعة قوله (او طلعت الشمس فى) صلاة (الفجر) بعد ما قعد قدر التشهد العاشرة
قوله (أو دخل وقت) صلاة (العصر فى) صلاة (الجمعة) بعد ما قعد قدر التشهد الحادية عشرة

قوله (اوسقطت جبيرة عن برء) وكلمة عن للتعليل الثانية عشرة قوله (اوزال عذر المعذور) بأن توضأت المستحاضة مع السيلان وشرعت فى الظهر وقعدت قدر التشهد فانقطع الدم ودام الانقطاع الى غروب الشمس تعيد الظهر عنده خلافا لهما وبطلان الصلاة فى هذه الصور كلها هو قول أبى حنيفة والاصل فيها افتراض الخروج منها بصنعه عنده خلافا لهما وقيل بل استواء أولها وآخرها فى وجود المغير (وصح استخلاف) الامام الذى سبقه الحدث (المسبوق) بركعة أو أكثر (فلو أتم) المسبوق الذى هو الخليفة (صلاة الامام تفسد بالمنافى) كالضحك والكلام والخروج من المسجد (صلاته) أى صلاة المسبوق لان المفسد وجد فى خلال صلاته (دون) صلاة (القوم) لانه وجد بعد تمام أركانها فى حقهم وقال أبو يوسف تفسد صلاة القوم أيضا والامام الاول ان فرغ لا تفسد صلاته وان لم يفرغ تفسد وقيل لا والاول أصح لانه لما استخلفه صار مقتديا به فتفسد صلاته بفساد صلاته ولهذا لو صلى ما بقى من صلاته فى منزله قبل فراغ هذا المستخلف تفسد صلاته لان انفراده قبل فراغ الامام لا يجوز (كما تفسد) صلاة المسبوق (بقهقهة امامه لدى) أى عند (اختتامه) عند أبى حنيفة وقالا لا تفسد لان العارض لم يؤثر فى صلاة الامام مع انه صدر منه فلأن لا يؤثر فى فساد صلاة المسبوق ولم يصدر منه أولى وله أنه مفسد للجزء الذى يلاقيه من صلاة الامام فيفسد فى المقتدى مثله الا ان الامام لا يحتاج الى البناء لانتهاء الاركان ففساد ذلك الجزء لا يضره والمسبوق يحتاج الى البناء ففساد ذلك الجزء يمنعه من بناء ما بقى عليه لان البناء على الفاسد فاسد فلزمه الاستقبال وعلى هذا الخلاف الحدث العمد (لا) تفسد صلاة المسبوق (بخروجه) أى بخروج الامام (من المسجد وكلامه) بعد ما قعد فى آخر الصلاة اجماعا لان الكلام والخروج من المسجد قاطع لا مفسد (ولو أحدث) المصلى (فى ركوعه أو سجوده توضأ وبنى) على صلاته وعند الشافعى يستقبل (وأعادهما) أى الركوع والسجود اللذين أحدث فيهما لان الانتقال من ركن الى ركن بالطهارة شرط ولم يوجد ولو لم يعدهما تفسد صلاته (ولو ذكر) المصلى حال كونه (راكعا او) حال كونه (ساجدا) ان عليه (سجدة) صلبية فانحط من ركوعه من غير أن يرفع رأسه أو رفع رأسه من السجود (فسجدها لم يعدهما) أى الركوع والسجود الذى كان فيه لان الترتيب فى أفعال الصلاة ليس بشرط وقد حصل الانتقال بالطهارة وقال زفر والشافعى عليه الاعادة وعند أبى يوسف انه تلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده (وتعين المأموم الواحد للاستخلاف) أى لاستخلاف الامام الذى وراءه واحد عند الحدث (بلا نية) من الامام لعدم المزاحم فاذا توضأ الامام دخل معه فى صلاته لتحول الامامة اليه ولو كان خلفه صبى أو امرأة فسدت صلاته وصلاة من خلفه كما لو استخلف محدثا والاصح انه تفسد صلاة المقتدى دون الامام

* هذا (باب) فى بيان (ما يفسد الصلاة وما يكره فيها) *

الفساد يرجع الى ذات الصلاة والكراهة الى وصفها (يفسد الصلاة) أية صلاة كانت (التكلم) قليلا كان أو كثيرا عامدا كان أو ناسيا أو ساهيا وقال الشافعى رضى الله عنه كلام الناسى والمخطئ لا يبطلها الا اذا طال ويعرف الطول بالعرف وبه قال مالك وأحمد وعن مالك العمد أيضا لا يبطلها اذا كان لاصلاح الصلاة ولنا ما فى آخر حديث ابن مسعود وأنه قد أحدث

عليكم من أمره أن لا تتكلموا فى الصلاة ولا يصح الاستدلال بحديث ذى اليدين لانه منسوخ (و) يفسدها أيضا (الدعاء بما يشبه كلامنا) كقوله اللهم ألبسنى ثوبا اللهم زوجنى فلانة وعند الشافعى لا يفسد وقد مر (و) يفسدها أيضا (الانين) وهو الصوت الحاصل عن قوله آه (والتأوه) وهو أن يقول أوّاه (و) يفسدها أيضا (ارتفاع بكائه من وجع) فى بدنه (أو مصيبة) أصابته فى النفس أو المال لان فيها اظهار التأسف والجزع (لا) يفسدها هذه الاشياء اذا كانت (من) أجل (ذكر جنة أو) أجل ذكر (نار) لانها تدل على الخشوع وهو المقصود فى الصلاة وعن أبى يوسف أن هذا التفصيل فيما اذا كان على أكثر من حرفين أو على حرفين أصليين اما اذا كان على حرفين من حروف الزيادة وهو اليوم تنساه أو أحدهما منها والآخر أصلى لا تفسد فى الوجهين وقال الشافعى الانين والبكاء والتأوه يقطع مطلقا من غير تفصيل اذا حصل منه حرفان (و) يفسدها أيضا (التنحنح بلا عذر) بأن لم يكن لاجتماع البزاق فى حلقه بل كان لتحسين الصوت فظهر به حروف نحو أح بالفتح والضم وان كان لعذر لا يفسد كالعطاس وان حصلت به حروف وكذا لو تنحنح المقتدى لخطا الامام وعن أبى يوسف لا يفسد بقوله أخ وأف ولو نفخ فيها فان كان مسموعا تبطل والا فلا (و) يفسدها أيضا (جواب عاطس بيرحمك الله) لانه يجرى فى مخاطبات الناس بخلاف ما اذا قال العاطس فى نفسه أو السامع الحمد لله وكذا اذا قال لنفسه يرحمك الله (و) يفسدها أيضا (فتحه) أى فتح المقتدى (على غير امامه) عند الحصر لانه يقع جوابا بخلاف ما اذا فتح على امامه استحسانا وقيل ان قرأ قدر ما تجوز به الصلاة تفسد لانه لا ضرورة اليه وقيل ان انتقل الى آية أخرى ففتح عليه تفسد صلاة الفاتح وكذا صلاة الامام ان أخذ بقوله ثم ان الفاتح ينوى الفتح على امامه دون القراءة ولا يستعجل به والامام أيضا لا يلجئهم بل يركع اذا قرأ قدر الفرض والا انتقل الى آية أخرى (و) يفسدها أيضا (الجواب بلا اله الا الله) بأن قيل بين يديه أمع الله اله آخر فقال لا اله الا الله يريد به جوابه وعند أبى يوسف لا تفسد لانه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته وعلى هذا الخلاف التحميد حين قيل له فلان قدم من سفره والتسبيح بأن وصف الله تعالى بما لا يليق به والاسترجاع على هذا فى الاصح وقيل انه يفسد اتفاقا وان أراد اعلامه انه فى الصلاة لا تفسد اتفاقا (و) يفسدها أيضا (السلام ورده) لانه كلام الناس وكذا لو صافح بنية السلام ولو أشار بيده السلام لا تفسد وكذا لو أشار برأسه أو بيده بنعم أو بلا (و) يفسدها أيضا (افتتاح العصر أو) افتتاح (التطوع) صورته كان يصلى الظهر مثلا فافتتح العصر أو التطوع بتكبيرة جديدة فان صلاة الظهر تفسد لانه صح شروعه فى غير ما هو فيه وهو التطوع فيما اذا نواه أو نوى العصر وكان صاحب ترتيب أو فى العصر ان لم يكن صاحب الترتيب بأن سقط بكثرة الفوائت أو بضيق الوقت فيخرج عما هو فيه ضرورة وكذا لو كان يصلى التطوع فافتتح الفرض أو كان يصلى الجمعة فافتتح الظهر أو بالعكس خرج عما هو فيه (لا) يفسدها افتتاح (الظهر) صورته صلى ركعة من الظهر مثلا ثم افتتح الظهر فهى هى ويبنى على ما كان عليه حتى يجتزى بتلك الركعة لانه نوى الشروع فى عين ما هو فيه فلغت نيته الا اذا كبر ينوى امامة النساء أو الاقتداء بالامام أو كان مقتديا فكبر ينوى الانفراد فحينئذ يصير شارعا فيما كبر له ويبطل ما مضى من صلاته للتغاير هذا اذا نوى بقلبه حتى لو قال نويت أن أصلى الظهر بطل الظهر

ولا يجتزى بتلك الركعة وقوله (بعد ركعة الظهر) ظرف للشيئين وهما قوله افتتاح العصر أو التطوع وقوله لا الظهر وتقدير الكلام وافتتاح العصر أو التطوع بعد ركعة الظهر لا افتتاح الظهر بعد ركعة الظهر فافهم (و) يفسدها أيضا (قراءته) أى قراءة المصلى (من مصحف) عند أبى حنيفة وقالا لا تفسد لان النظر اليه عبادة ولكنه يكره لانه تشبه بأهل الكتاب وله ان حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه عمل كثير فعلى هذا لو كان موضوعا بين يديه وهو لا يحمل ولا يقلب أو قرأ المكتوب فى المحراب لا تفسد وعلل بعضهم بأن التلقن من المصحف تعلم ليس من أعمال الصلاة وهذا يوجب التسوية بين المحمول وغيره فيفسد بكل حال وهو الصحيح ولا فرق بين ما اذا قرأ قليلا أو كثيرا وقيل اذا قرأ آية تفسد والا فلا (و) يفسدها أيضا (أكله) أى أكل المصلى (وشربه) لانه عمل كثير وان كان ناسيا بخلاف الصوم ولو أكل ما بين اسنانه لا تفسد لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولهذا لا يبطل به الصوم الا اذا كان كثيرا كما فى الصوم والفاصل قدر الحمصة (ولو نظر) المصلى (الى مكتوب) بين يديه أو على الحائط (وفهمه) وفيه خلاف محمد اذا كان المكتوب غير قرآن وفهمه (أو أكل) المصلى (ما بين اسنانه) ما دون الحمصة على ما ذكرنا (او مر مار فى موضع سجوده) أى سجود المصلى (لا تفسد) صلاته فى هذه الوجوه (وان أثم) أى المار لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدى المصلى ماذا عليه لوقف ولو أربعين و لم يقدر بيوم أو شهر أو سنة وتكلموا فى الموضع الذى يكره فيه والاصح انه موضع صلاته وهو من قدمه الى موضع سجوده وقيل بقدر الصفين وان كان يصلى على الدكان فان كان قدر قامة الرجل لا بأس به وان كان أقل كره هذا فى الصحراء فان كان فى المسجد فان كان بينهما حائل كانسان أو اسطوانة لا يكره وان لم يكن والمسجد صغير كره فى أى مكان كان والمسجد الكبير كالصحراء وقيل كالصغير (وكره عبثه) اى عبث المصلى (بثوبه وبدنه) لورود النهى (و) كره ايضا (قلب الحصى) عن مكان السجود (الا) قلبه (للسجود) بأن كان الحصى ما مكنه منه (مرة) واحدة لما روى أبو ذر عن سيد البشر فى تسوية الحجر يا أبا ذر مرة أو ذر (و) يكره أيضا (فرقعة الاصابع) وهى تنقيضها وكذا يكره تشبيكها (و) يكره أيضا (التخصر) وهو وضع اليد على الخاصرة وقيل هو التوكؤ على المخصرة وهى العصا أو السوط وقيل هو أن يختصر السورة فيقرأ آخرها وقيل أن لا يتم فى ركوعها وسجودها والصحيح هو الاول الذى قاله الجمهور من أهل اللغة والحديث والفقه (و) يكره أيضا (الالتفات) بأن يلوى عنقه حتى يخرج وجهه من جهة القبلة فلو نظر بمؤخر عينه يمنة أو يسرة من غير أن يلوى عنقه لا يكره وفى الغاية لا يكره اذا كان لحاجة (و) يكره أيضا (الاقعاء) وهو أن يضع اليتيه على الارض و ينصب ركبتيه و يضمهما الى صدره و يضع يديه على الارض كذا قاله الطحاوى و قال الكرخى هو أن ينصب قدميه و يقعد على عقبيه واضعا يديه على الارض والاول أصح لانه أشبه باقعاء الكلب (و) يكره أيضا (افتراش ذراعيه) وهو بسطهما فى حالة السجود (و) يكره أيضا (رد السلام بيده) أى بالاشارة لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية السلام تفسد صلاته (و) يكره أيضا (التربع بلا عذر) لانه ينافى الخشوع ولانه يخالف سنة القعود وما قيل انه من أفعال الجبابرة فلهذا كره ضعيف لانه عليه السلام كان يتربع فى جلوسه فى بعض أحواله وعامة جلوس عمر رضى الله عنه فى مسجد رسول الله صلى الله

عليه وسلم كان تربعا (و) يكره أيضا (عقص شعره) بأن يصلي وهو معقوص الشعر لورود النهي عن ذلك حتى لو عقصه في الصلاة تفسد صلاته لانه عمل كثير والعقص أن يجمع الشعر على هامته ويشده بخرقة أو خيط أو يصمغ ليتلبد وقيل أن يلف ذوائبه حول رأسه كما تفعله النساء (و) يكره أيضا (كف ثوبه) وهو رفعه من بين يديه أو من خلفه عند السجود كما يفعله ترك هذا الزمان لانه نوع تجبر (و) يكره أيضا (سدله) للنهي وهي أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه ومنه أن يجعل القباء على كتفيه ولم يدخل يديه ويكره الصماء أيضا وهو أن يشتمل بثوبه فيجلل به جسده كله من رأسه الى قدميه ولا يرفع جانبا يخرج منه يده كالصخرة الصماء ويكره أيضا الاعتجار وهو أن يكور عمامته ويترك وسط رأسه مكشوفا والتلثم وهو تغطية الانف والفم (و) يكره أيضا (التثاؤب) لانه من الكسل والامتلاء فان غلبه فليكظم ما استطاع فان غلبه وضع يده أو كمه على فيه بذلك ورد الحديث ويكره التمطي أيضا (و) يكره أيضا (تغميض عينيه) لورود النهي (و) يكره أيضا (قيام الامام) في الطاق وهو المحراب لما فيه من التشبه بأهل الكتاب (لا) يكره (سجوده في الطاق) اذا كان قائما خارج المحراب والمعتبر هو القدم كما في اقتداء الطويل وقد ذكرناه (و) يكره أيضا (انفراد الامام على الدكان) وهو الموضع المرتفع قدر القامة وقيل قدر الذراع وهو الصحيح ولا بأس بما دونها (و) يكره أيضا (العكس) وهو انفراد القوم على الدكان لما فيه من الازدراء بالامام وعن الطحاوي لا يكره واذا كان مع الامام بعض القوم لا يكره في الصحيح (و) يكره أيضا (لبس ثوب فيه تصاوير) لانه يشبه حامل الصنم (و) كذا يكره (أن يكون فوق رأسه) أي رأس المصلي (او بين يديه أو بحذائه صورة) لانه يشبه عبادتها فيكره وان كانت مؤخر الظهر لا يكره وأطلق الكراهة في الجامع الصغير (الا أن تكون) الصورة (صغيرة) لا تبدو للناظر اليها لان الكراهة باعتبار العبادة والصغيرة لا تعبد عادة (أو) تكون (مقطوعة الرأس) أي ممحوها بخيط خيط عليه حتى لم يبق للرأس أثر أو أطلى بمغرة ونحوها أو نحت بحديدة لانها لا تعبد بدون الرأس ولهذا لو صلى الى تنور أو كانون فيه نار كره لانه يشبه عبادتها والى قنديل أو شمع أو سراج لا لعدم التشبه ولا اعتبار بالخط ما بين الرأس والجسد لأن من الطيور ما هو مطوق ولا بازالة الحاجبين أو العينين (أو) تكون الصورة (لغير ذي روح) مثل صورة نخل او غيرها من الاشجار لانها لا تعبد عادة (و) يكره أيضا (عد الآي) جمع آية القرآن (و) عد (التسبيح) في الصلاة عند أبي حنيفة لانه ليس من أعمالها وقالا لا بأس به في الفرائض والنوافل وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل لا خلاف في التطوع وقيل الخلاف في النوافل وفي الفرض يكره اتفاقا ولا يكره خارج الصلاة وقيل هو بدعة والاول أصح (لا) يكره (قتل الحية والعقرب) في الصلاة لحديث أبي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام أمر بقتل الاسودين في الصلاة الحية والعقرب والامر للاباحة لانه منفعة لنا وباطلاقه يدل على اباحة قتل الحيات كلها الجنية وهي أن تكون بيضاء تمشي مستوية وغير الجنية وهي أن تكون سوداء وقيل لا يحل قتل الجنية لقوله عليه السلام اياكم والحية البيضاء فانها من الجن والاولى الانذار فيقال لها ارجعي باذن الله أو خلي طريق المسلمين فان أبت قتلها ولكن هذا لا يكون الا خارج الصلاة ثم قيل انما تقتل اذا أمكن بفعل يسير كضربة حتى اذا قتلها بضربات

يستقبل صلاته والاظهر ان الكل سواء لانه عمل رخص فيه فيستوى القليل والكثير وقالوا انما يباح قتلهما اذا مرتا بين يديه وخاف الاذى منهما فان لم يخف يكره وهو قول النخعى ومالك ورواية الحسن عن أبى حنيفة (و) لا تكره (الصلاة) أيضا (الى ظهر قاعد يتحدث) لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يفعل كذلك فى الصحراء وقيل يكره كما لو صلى الى وجهه لانه تعظيم له (و) كذا لا يكره (الى مصحف) معلق (او سيف معلق) لان المرء لا يعبدهما وقيل يكره الا أن يكون المصحف موضوعا على الارض (او) الى (شمع او سراج) لانهما لا يعبدان (و) كذا لا يكره (على بساط فيه تصاوير) لانه اهانة وليس بتعظيم (ان لم يسجد عليها) لان السجود عليها تشبه بعبدة الاوثان وأطلق الكراهة فى الاصل ولو كانت على وسادة ملقاة لا يكره بخلاف ما اذا كانت منصوبة أو كانت على الستر

هذا (فصل) فى مسائل أخر تتعلق بباب الكراهة (كره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء) بالمد وهو بيت الماء (و) كره أيضا (استدبارها) أى استدبار القبلة لورود النهى بذلك وفى رواية لا يكره الاستدبار وقال الشافعى لا يكره استقبال القبلة فى البنيان وبه قال مالك وأحمد (و) كذا يكره (غلق باب المسجد) لانه يشبه المنع من الصلوات وفى هذا الزمان لا يكره لكثرة اللصوص وعليه الفتوى (و) كذا يكره (الوطء فوقه) أى فوق المسجد لان سطحه مسجد ولهذا يصح الاقتداء منه بمن فيه (و) كذا يكره (البول والتخلى) فوق المسجد لما قلنا (لا) يكره الوطء والبول والتخلى (فوق بيت فيه مسجد) أعد للصلاة بأن كان له محراب وهو ليس بمسجد حقيقة حتى يجوز له بيعه فلم يكن له حرمة المساجد واختلف فى مصلى العيد والجنائز والاصح انه لا يدخل فى حكم المسجد (ولا) يكره أيضا (نقشه) أى نقش المسجد (بالجص) بالكسر والفتح وهو تعريب كج والعرب تسميه القصة ومنه جصص البناء اذا طلى به (وماء الذهب) والفضة واللازورد ونحوها من الالوان لان فى ذلك تعظيم بيت الله تعالى ألا يرى ان عمر رضى الله عنه كسا الكعبة وبنى داود عليه السلام بيت المقدس من الرخام والمرمر ووضع على قبته كبريتا أحمر يضىء اثنى عشر ميلا ولكن الاولى غيره وهو الصرف الى المساكين هذا اذا فعل من مال نفسه وأما الناظر اذا فعل ذلك من مال الوقف يكون حراما ويضمن الا اذا اجتمعت أموال المسجد وخاف عليها من الظلمة فلا بأس به حينئذ

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوتر والنوافل)

وهى جمع نافلة وهى فى اللغة الزيادة وفى الشرع ما زاد على الفرائض هو نفل (الوتر واجب) عند أبى حنيفة اعتقادا وفرض عملا وسنة سببا وقالا سنة مؤكدة وبه قالت الثلاثة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا أذان له ولا اقامة وغير ذلك وله قوله عليه السلام الوتر حق على كل مسلم رواه أبو داود وقال الحاكم هو على شرط البخارى وقوله عليه السلام اجعلوا آخر صلاتكم من الليل وترا اتفقا عليه والامر وكلمة على للوجوب وقد ظهر فيه آثار الوجوب حيث يقضى ولا يؤدى على الراحلة من غير عذر ولا يجوز بدون نية الوتر وانما لا يكفر جاحده لانه ثبت بأخبار آحاد فلا يعرى عن شبهة ويؤدى فى وقت العشاء فيكتفى باذانه واقامته (وهو) أى الوتر (ثلاث ركعات بتسليمة) واحدة كالمغرب وقال الشافعى ركعة واحدة أو ثلاث

بقعدة فى قول وثلاث بتسليمتين فى قول وفى قول كمذهبنا لكن من غير قنوت فى جميع السنة
الا فى النصف الاخير من رمضان وفى قول خمس الى ثلاث عشرة ولنا ما روى عن أبى رضى الله
عنه انه عليه السلام كان يوتر بثلاث ركعات الحديث وحكى الحسن البصرى اجماع السلف
على الثلاث (ويقنت فى) الركعة (الثالثة قبل الركوع) لما فى حديث أبى رضى الله عنه
ويقنت قبل الركوع وقال الشافعى لا قنوت فى الوتر كما ذكرنا ونبه بقوله (ابدا) على انه فى جميع
السنة وعند الشافعى فى النصف الاخير من رمضان كما بينا وأشار الى كيفيته بقوله (بعد ان
كبر) رافعا يديه (و) بعد ان (قرأ فى كل ركعة منه) أى من الوتر (فاتحة) الكتاب (وسورة)
معها ولا تتعين سورة فان قرأ فى الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية قل يا أيها الكافرون
وفى الثالثة قل هو الله أحد كان حسنا لانه عليه السلام كان يقرؤها فى وتره (ولا يقنت لغيره)
أى لغير الوتر وقال الشافعى وأحمد يقنت فى صلاة الفجر فى الركعة الثانية بعد الركوع لحديث
أنس رضى الله عنه انه عليه السلام كان يقنت فى الفجر الى أن فارق الدنيا ولنا ما رواه البخارى
ومسلم انه عليه السلام قنت شهرا يدعو على قوم من العرب ثم تركه والترك دليل النسخ (ويتبع
المؤتم) أى المقتدى الامام (قانت الوتر) فى قنوته ويخفى هو والقوم لانه دعاء وقيل يجهر الامام
وقيل عند محمد يقنت الامام دون المؤتم والصحيح الاول (لا) يتبع المؤتم الامام القانت فى
(الفجر) عندهما وقال أبو يوسف يتابعه لانه تبع للامام والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ
فلا متابعة فيه فاذا لم يتابعه قيل يقف قائما الى ان يفرغ وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة والاول
أظهر وذلت المسئلة على جواز اقتداء الحنفى بالشافعى لا كما قيل ان رفع اليدين عند الركوع
وعند الرفع منه عمل كثير يفسد الصلاة لان حد العمل الكثير لا يصدق عليه ويقال انما يجوز
اقتداء الحنفى بالشافعى اذا كان يحتاط فى موضع الخلاف بأن كان يجدد الوضوء من الحجامة
والفصد ويغسل ثوبه من المنى ولا يكون شاكا فى ايمانه بالاستثناء ولا منحرفا عن القبلة ولا يقطع
وتره قلت هذا عجيب من هذا القائل لان الشافعى أيضا يقول بمثله فى حق الحنفى فيقول
لا يجوز اقتداء الشافعى بالحنفى الا اذا كان يحتاط فى موضع الخلاف بأن كان يجدد الوضوء
من مس الذكر ولمس المرأة ويغسل ثوبه من النجاسة القليلة ولا يترك قراءة الفاتحة ولا الجهر
بالبسملة ولا يترك الطمأنينة فى الركوع والسجود ولا يترك الصلاة على النبى صلى الله عليه
وسلم فى الصلاة لا اصابة لفظ السلام ونحو ذلك والطريق فى هذا ان يقال يجوز اقتداء الحنفى
بالشافعى والشافعى بالحنفى وكذا بالمالكى والحنبلى ما لم يتحقق من امامه ما يفسد صلاته فى
اعتقاده (والسنة) المؤكدة (قبل) صلاة (الفجر وبعد) صلاة (الظهر و) بعد صلاة (المغرب
و) بعد صلاة (العشاء ركعتان وقبل) صلاة (الظهر و) قبل صلاة (الجمعة وبعدها) أى بعد الجمعة
(اربع) ركعات لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى
قبل الظهر أربعا وبعدها ركعتين وبعد المغرب ثنتين وبعد العشاء ركعتين وقبل الفجر ركعتين
رواه مسلم وأبو داود وعن أبى هريرة انه عليه السلام قال من كان منكم مصليا بعد الجمعة
فليصل أربعا رواه مسلم والاربع بتسليمة واحدة عندنا وقال الشافعى بتسليمتين وقال أبو يوسف
يصلى بعد الاربع ركعتين أيضا كذا نقل عن على رضى الله عنه (وندب) أى استحب (الاربع

قبل) صلاة (العصر و) قبل صلاة (العشاء وبعده) أي بعد العشاء لما روى عن على رضى الله عنه انه عليه السلام كان يصلى قبل العصر أربع ركعات وجعله فى الاصل حسنا وخيره محمد بين الاربع والركعتين لاختلاف الآثار وأمّا الاربع قبل العشاء فليست بسنة لعدم المواظبة فكانت مستحبة فلهذا خير محمد بين الاربع والركعتين والاربع أفضل لانه أكثر ثوابا وقيل الاربع قول أبي حنيفة والركعتان قولهما وكذلك الكلام فى الاربع التى بعده (و) ندب (الست) أى ست ركعات (بعد) صلاة (المغرب) لما روى ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه السلام قال من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الاوّابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوّابين غفورا (وكره الزيادة) فى العدد (على اربع) ركعات (بتسليمة) واحدة (فى نفل النهار و) كره الزيادة (على ثمان) ركعات (ليلا) أى فى الليل لانه عليه السلام لم يزد عليه وقال أبو يوسف ومحمد لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة (والافضل فيهما) أى فى الليل والنهار (رباع) أى أربعة اربعة وهو غير منصرف للوصف والعدل لانه معدول عن أربعة أربعة كثلاث معدول عن ثلاثة ثلاثة وهذا قول أبي حنيفة وقالا الافضل فى الليل مثنى مثنى وفى النهار أربع أربع وقال الشافعى فيهما مثنى مثنى لحديث البارقى عن ابن عمر انه عليه السلام قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما ماروى عن ابن عمر انه عليه السلام قال صلاة الليل مثنى مثنى وله ماروت عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام كان يصلى بالليل أربع ركعات الحديث رواه البخارى ومسلم وماروى عنها انها قالت انه عليه السلام كان يصلى الضحى أربعا ولا يفصل بينهن بسلام وحديث البارقى لم يثبت ولئن ثبت فمعناه شفع لا وتر (وطول القيام) فى الصلاة (احب من كثرة السجود) لقوله عليه السلام افضل الصلاة طول القنوت أى القيام وبطول القيام تكثر القراءة وبكثرة السجود يكثر التسبيح والقراءة أفضل منه (والقراءة فرض فى ركعتى) الصلاة (الفرض) وقال الشافعى فى كل الركعات وقال مالك فى ثلاث ركعات وقال زفر والحسن البصرى فى ركعة واحدة وقال أبو بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست بفرض أصلا وليس بصحيح لورود الامر وهو لا يقتضى التكرار ولكن أوجبنا فى الثانية بدلالة النص لانهما تشاكلان من كل وجه والشفع الثانى لا يشاكل الاول فلم يلحق به وروى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما اقرأ فى الاوليين وسبح فى الاخريين (و) القراءة فرض فى (كل النفل و) كل (الوتر) لان كل شفع من النفل صلاة على حدة وأمّا الوتر فللاحتياط (ولزم النفل) سواء كان صلاة أو صوما (بالشروع) وقال الشافعى لا يلزمه لانه متبرع ولنا ان ما ادّى وقع قربة فيلزمه الاتمام صيانة عن البطلان المنهى عنه (ولو) كان الشروع (عند الغروب) أى غروب الشمس (والطلوع) وعند استوائها وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة انه لا يلزم بالشروع فى هذه الاوقات اعتبارا بالشروع فى الصوم يوم العيد حتى لا يجب عليه القضاء بالافساد ولنا وهو الفرق ان الشارع فى الصوم مباشر للمعصية اذ الجزء الذى شرع فيه صوم فكان منهيا فكان مامورا بقطعه فاستحال أن يؤمر بالقضاء والشارع فى الصلاة غير مباشر للمعصية لان ما شرع فيه ليس بصلاة لانها لا تتم الا بركعة فلا يكون منهيا عنه فيؤمر بالقضاء (وقضى) الشخص (ركعتين لو نوى اربعا) اى اربع ركعات (وافسده) أى الاربع الذى شرع فيه (بعد القعود الاول او قبله) اى او أفسده قبل القعود الاول

لان

لان كل شفع صلاة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما بالشروع فيقضى ركعتين وأمّا فى افساده قبل القعود الاوّل فلصحة شروعه فيه ولا يلزم الشفع الثانى لعدم شروعه فيه وعن أبى يوسف انه يلزمه الاربع (أو لم يقرأ فيهن) أى فى الاربع بالكلية (شيأ) فكذلك يقضى ركعتين عندهما لانه لا يجب عليه بتحريمة الاربع الا ركعتان فى المشهور وعن أبى يوسف لزمه قضاء الاربع لانّ الشروع ثبت بالتحريمة وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة ثبتت بالمواظبة وقيل يقضى أربعا لانها كصلاة واحدة (أو قرأ فى) الركعتين (الاولين) ولم يقرأ فى الاخريين فكذلك يقضى ركعتين لانّ الشفع الاوّل قد تم وصح شروعه فى الشفع الثانى ثم فسد بترك القراءة فيه فيقضيه (أو) قرأ فى (الاخريين) ولم يقرأ فى الاولين فكذلك يقضى ركعتين فهذه خمس مسائل مشتركة فى الجواب وهو قوله وقضى ركعتين (و) قضى (أربعا) أى أربع ركعات (لو قرأ فى احدى الاوليين) امّا فى الاولى وامّا فى الثانية (واحدى الاخريين) امّا فى الثالثة وامّا فى الرابعة وعند محمد يقضى ركعتين فقط لبطلان التحريمة عنده ولهما أنّ التحريمة باقية فيقضى أربعا ولو قرأ فى احدى الاوليين لا غير قضى عندهما أربعا خلافا لمحمد (ولا يصلى بعد صلاة مثلها) هذا لفظ الحديث واختلف فى تفسيره فقيل معناه لا يصلى ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة روى ذلك عن عمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم فيكون بيانا لفرض القراءة فى ركعات النفل كلها وقيل كانوا يصلون الفريضة ثم يصلون بعدها مثلها يطلبون بذلك زيادة الاجر فنهوا عن ذلك وقيل هو نهى عن اعادة المكتوبة بمجرد توهم فسادها من غير تحقق لما فيه من تسليط الوسوسة على القلب وقيل المراد منه الزجر عن تكرار الجماعة فى المساجد وقال الشيخ وهو تأويل حسن (ويتنفل) المكلف حال كونه (قاعدا مع القدرة على القيام) لانّ باب النفل أوسع وقوله (ابتداء وبناء) يجوز أن يكونا حالين بمعنى مبتدئا وبانيا ويجوز أن ينتصبا على الظرفية أى فى حالة الابتداء وحالة البناء صورة الابتداء ظاهرة وصورة البناء أن يشرع قائما وصلى بعضها ثم كملها قاعدا أو أحرم قائما ثم صلاها قاعدا بلا عذر يجوز عند أبى حنيفة فى هذه الصورة لانّ القيام ليس بركن فى النفل وعندهما لا يجوز لانه بالشروع صار ملزما فأشبه النذر (و) يتنفل أيضا حال كونه (راكبا خارج المصر) حال كونه (موميا) بالركوع والسجود (الى أىّ جهة توجهت دابته) لانه عليه السلام صلى على حمار وهو متوجه الى خيبر وكذلك السنن الرواتب لانها فى الاصل نوافل وعن أبى حنيفة ينزل لسنة الفجر ولا تجوز الفرائض والواجبات مثل الوتر والمنذور والمشروع الذى أفسده وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة التى تليت على الارض ويصلى المكتوبة عليها بأن كانت جموحا لو نزل لا يمكنه الركوب الا بمعين أو كان شيخا كبيرا لا يمكنه الركوب ولا يجد من يركبه أو كان فى طين لا يجد مكانا يابسا أو كان فى البادية والقافلة تسير ويخاف على نفسه وثيابه لو نزل وكذا لعذر المطر وخوف العدوّ والسبع ونحوهما ثم اختلف فى مقدار الخروج من المصر فقيل مقدار فرسخين أو أكثر وفى أقل لا يجوز وقيل قدر الميل والاصح أنه يعتبر بمدة السفر وعن أبى يوسف يجوز فى المصر أيضا ولا تضرّ النجاسة المانعة على الدابة وقيل ان كانت على السرج أو الركابين تمنع وقيل ان كانت على الركابين لا تمنع والاصح عدم المنع مطلقا والعجلة كالدابة ان كان طرفها على الدابة سواء كانت سائرة أو لا وان لم تكن فكالسرير (وبنى) على

صلاته (بنزوله) بعد افتتاحه راكبا لان النزول عمل يسير وعن أبي يوسف يستقبل وعن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل (لا) يبنى (بعكسه) وهو ما اذا افتتحها نازلا ثم ركب لان الركوب عمل كثير وعن زفر يبنى أيضا (وسن فى) شهر (رمضان عشرون ركعة بعشر تسليمات) بين كل ركعتين تسليمة وعند مالك ست وثلاثون ركعة ولنا ماروى البيهقى باسناد صحيح انهم كانوا يقومون على عهد عمر رضى الله عنه بعشرين ركعة وعلى عهد عثمان وعلى رضى الله عنهما مثله فصار اجماعا وهى سنة رسول الله عليه السلام للرجال والنساء وقال بعض الروافض هى سنة الرجال فقط وقيل هى سنة عمر رضى الله عنه ووقتها (بعد) صلاة (العشاء) الى طلوع الفجر (قبل الوتر وبعده) وقيل الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعدها وقبل الوتر وبعده وقال عامة مشايخ بخارا وقتها ما بين العشاء والوتر والاول أصح والمستحب تأخيرها الى ثلث الليل أو نصفه وبعد النصف قيل يكره والاصح لا لانها صلاة الليل والباء فى قوله (بجماعة) تتعلق بقوله سن والسنة فيها الجماعة عند الجمهور على سبيل الكفاية حتى لو ترك أهل مسجد أساؤا وعن أبي يوسف ان أمكنه أداؤها فى بيته مع مراعاة السنة فالصلاة فى بيته أفضل الا أن يكون فقيها كبيرا يقتدى به (والختم) بالجر عطفا على بجماعة أى يسن أن يختم القرآن فيها (مرة) واحدة بأن يقرأ فى كل ركعة عشر آيات لان عدد ركعات التراويح فى الشهر ستمائة ركعة وعدد آى القرآن ستة آلاف آية وشئ ولا يترك الختم مرة لكسل القوم وقيل يقرأ فى كل ركعة ثلاثين آية لان عمر رضى الله عنه أمر بذلك فيقع عند هذا فيها ثلاث ختمات ومنهم من استحب الختم فى الليلة السابعة والعشرين رجاء أن ينالوا ليلة القدر لان الاخبار تظاهرت عليها وقيل يقرأ فيها مقدار ما يقرأ فى المغرب تخفيفا وقيل مقدار ما يقرأ فى العشاء والباء فى (بجلسة) فى الظاهر تتعلق بقوله وسن أى بجلسة كائنة (بعد كل أربعة) أى بعد كل أربع ركعات فيلزم من ذلك أن تكون هذه الجلسة سنة وليس كذلك بل هى مستحبة فاذا قدرنا محذوفا يزول ذلك وانما استحبت هذه الجلسة لان اسم التراويح ينبئ عن ذلك لانه من الاستراحة ثم هم مخيرون فى حالة الجلوس ان شاؤا سبحوا وان شاؤا قرؤا القرآن وان شاؤا صلوا أربع ركعات فرادى وان شاؤا قعدوا ساكتين وأهل مكة يطوفون أسبوعا ويصلون ركعتين وأهل المدينة يصلون أربع ركعات والاستراحة على خمس ترويحات تكره عند الجمهور لانه خلاف فعل أهل الحرمين والباء فى (بقدرها) فى محل نصب على الحال من الجلسة أى بقدر الاربعة التى هى الترويحة (ويوتر) على صيغة المجهول أى يوتر الامام (بجماعة فى) شهر (رمضان) للاجماع عليه وقيل الوتر فى بيته منفردا هو الافضل وهو المختار وأشار بقوله (فقط) الى انه لا يجوز الوتر بجماعة فى غير رمضان وذكر فى النوازل أن الوتر بجماعة خارج رمضان يجوز

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ادراك الفريضة) *

(صلى) شخص (ركعة) واحدة (من) صلاة (الظهر) أو العصر أو العشاء بأن قيدها بالسجدة (فأقيم) الظهر بالامام (يتم) تلك الركعة (شفعا) بأن يضم اليها ركعة أخرى ويسلم على رأس الركعتين صيانة للمؤدى عن البطلان (ويقتدى) بالامام احرازا لفضيلة الجماعة فيكون ما صلى نفلا وان لم يقيد الركعة بالسجدة يقطع وقيل يتم شفعا أيضا ولو كان قطعه للنفل لا يقطع لانه ليس للاكمال ولو كان فى سنة الظهر أو الجمعة فأقيمت أو خطب قيل يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك

عن

عن أبي يوسف وقيل يتمها أربعا (فلو صلى ثلاثا) أي ثلاث ركعات من نحو الظهر بأن قيد الثالثة بسجدة ثم أقيمت الصلاة (يتم) منفردا على حاله (ويقتدى) بالامام حال كونه (متطوعا) وعن محمد أنه يتمها قاعدا لينقلب صلاته نفلا ثم يصلي مع الجماعة ليجمع بين ثواب النفل وثواب الجماعة في الفرض وان لم يقيد الثالثة بسجدة يقطعها ثم يتخير ان شاء عاد وقعد وسلم ليكون الخروج على الوجه المسنون وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام فينقطع الاول ضمنا فان أتمها يقتدى وما يصلي تطوع لان الفرض لا يتكرر في زمان واحد لا يقال التطوع بجماعة خارج رمضان مكروه لانا نقول ذلك في كون الامام والقوم متطوعين اما اذا نوى الامام الفرض والقوم النفل فلا ثم انه لا يقتدى بالامام اذا كان في العصر اذ التنفل بعده مكروه (فان صلى ركعة من) صلاة (الفجر أو) صلاة (المغرب فأقيم) للجماعة (يقطع) ما صلاها احرازا لفضيلة الجماعة وكذا يقطع الثانية ما لم يقيدها بالسجدة (ويقتدى) بالامام وان قيد الثانية بسجدة مضى فيها فلو أتمها لا يشرع مع الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد المغرب لانه ان وافق الامام فقد خالف السنة وان وافق السنة بأن يجعلها أربعا فقد خالف الامام ولكن اذا شرع معه يتمها أربعا لان موافقة السنة أولى لان مخالفة الامام مشروعة في الجملة كالمسبوق ونحوه ولهذا قال أبو يوسف الاحسن أن يدخل معه ويتم أربعا ولو سلم مع الامام قيل فسدت صلاته وقضى أربعا وعن بشر انه يسلم مع الامام ولا يلزمه شيء (وكره خروجه) أي خروج الشخص (من مسجد) قد (أذن فيه حتى يصلي) تلك الصلاة مع الجماعة لورود الوعيد بذلك (وان صلى) هو تلك الصلاة التي أذن لها (لا) يكره له الخروج لانه أجاب الداعي مرة فلا يجب عليه ثانيا (الا) استثناء من قوله وان صلى لا أي يكره خروجه من المسجد وان صلى (في) صلاة (الظهر و) صلاة (العشاء ان شرع) المؤذن (في الاقامة) لانه مخالف الجماعة عيانا بخلاف العصر والمغرب والفجر على ما بينا (ومن خاف فوات الفجر) مع الامام (ان أدى سنته) أي سنة الفجر (ائتم) بالامام (وتركها) أي السنة لان ثواب الجماعة أعظم (والا) أي وان لم يخف فوت الفجر ان اشتغل بالسنة (لا) يترك السنة لانه أمكنه الجمع بين الفضيلتين وان كان يرجو ادراك التشهد يبدأ بالسنة عندهما خلافا لمحمد وان كان الظهر ترك السنة مطلقا وشرع معه (ولم تقض) سنة الفجر اذا فاتته قبل طلوع الشمس بالاتفاق ولا بعد ارتفاعها عندهما خلافا لمحمد الى وقت الزوال (الا تبعا) للفرض بأن فاتت معه تقضى الى الزوال اتفاقا وبعده لا تقضى اتفاقا وأما سائر السنن فلا تقضى وحدها بعد الوقت واختلف في قضائها مع الفرض (وقضى) السنة (التي قبل) صلاة (الظهر في وقته) أي في وقت الظهر (قبل شفعه) أي قبل شفع الظهر وهما الركعتان اللتان بعده أما نفس القضاء في الوقت فقول الجمهور وأما كيفية القضاء فقال أبو يوسف يصلي الاربع أولا بعد فراغه من الفرض ثم يصلي الركعتين لان الفائتة مقدمة على الوقتية وقال محمد يقدم الشفع على الاربع وقيل الخلاف على العكس (ولم يصل) صلاة (الظهر جماعة) يعني اذا حلف بأن قال عبدي حر ان صليت الظهر بجماعة لا يكون مصليا بجماعة (بادراك ركعة) أي ركعة الظهر لانه منفرد ببعضه فلا يحنث وانما يصير مصليا بها اذا صلى كله أو أكثره فلو أدرك الثلاث حنث وقيل لا (بل أدرك فضلها) أي فضل الجماعة لان من أدرك آخر

الشيء فقد أدركه ولهذا لو قال عبده حر ان أدركت الظهر حنث بادراك ركعة (ويتطوع) بالسنة أو بما بدا له من النوافل (قبل الفرض ان أمن فوت الوقت) بأن كان في الوقت سعة (والا) أي وان لم يأمن فوت الوقت بأن كان في الوقت ضيق (لا) يتطوع قيل هذا في سنة العصر والعشاء دون الفجر والظهر قلت هذا يحتاج الى تفصيل فنقول التطوع على وجهين سنة مؤكدة وهي الرواتب وغير مؤكدة وهي ما زاد عليها والمصلي لا يخلو اما أن يكون يؤدي المكتوبة بجماعة أو منفردا فان كان بجماعة يصلي السنن الرواتب قطعا ولا يتخير فيها مع الامكان وان كان منفردا فكذلك في رواية وقيل يتخير والاول أحوط الا اذا خاف فوت الوقت وأما غير الرواتب فانه يتخير فيها مطلقا (وان أدرك) شخص (امامه) حال كون الامام (راكعا فكبر ووقف حتى رفع) الامام (رأسه لم يدرك) تلك (الركعة) لان الشرط هو المشاركة مع الامام في أفعال الصلاة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع وقال زفر والشافعي يصير مدركا لها لانه أدركه فيما له حكم القيام فيصير هذا لاحقا عندهما فيأتي بها قبل فراغ الامام ولكن ان صلى بعد فراغه جاز وعندنا هو مسبوق بها حتى يأتي بها بعد فراغ الامام وعلى هذا الخلاف لو لم يقف حتى انحط للركوع فرفع الامام رأسه قبل أن يركع (ولو ركع مقتد) قبل الامام (فأدركه امامه فيه) أي في هذا الركوع (صح) ركوعه ولكن كره وقال زفر لا يصح لان ما أتى به قبل الامام غير معتد به ولنا وجود الاشتراك وهو الشرط فيجوز ويكره لما فيه من النهي

* هذا (باب) في بيان أحكام (قضاء الفوائت) *

القضاء تسليم مثل الواجب بسببه (الترتيب بين) الصلاة (الفائتة و) بين الصلاة (الوقتية) مثلا بين الظهر والعصر اذا فاتته الظهر (و) الترتيب أيضا (بين الفوائت) الثلاثة أو الاربعة أو الخمسة أو الستة (مستحق) أي واجب وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي الترتيب مستحب لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا ما في حديث جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام صلى العصر بعد ما غربت الشمس ثم صلى المغرب بعدها فدل على أن الترتيب مستحق اذ لو كان مستحبا لما أخر المغرب التي يكره تأخيرها الامر مستحب وما ذكره منقوض بالايمان فانه أصل بنفسه ومع هذا هو شرط لصحة جميع العبادات (ويسقط) الترتيب (بضيق الوقت) لانه ليس من الحكمة تفويت الوقتية لتدارك الفائتة وقال مالك لا يسقط بضيق الوقت (و) يسقط أيضا بوجود (النسيان) لان الناسي عاجز وذكر صاحب المنظومة أن عند مالك لا يسقط بالنسيان وليس بمعتمد مذهبه (و) يسقط أيضا مع (صيرورتها) أي الفائتة (ستا) أي ست صلوات اذ لو اشتغل بها مع ما لا بد منه من الحاجات لفات الوقتي وعند زفر الى شهر ويعتبر في سقوط الترتيب خروج وقت الصلاة السادسة وعند محمد يعتبر الدخول والصحيح الاول ثم المعتبر فيه أن تبلغ الاوقات المتخللة منذ فاتته ست صلوات وان أدى ما بعدها في أوقاتها وقيل المعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة وثمرة [الخلاف تظهر] فيما اذا ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ولا يدري أيتها أولى فعلى الاول يسقط الترتيب لان المتخللة بين الفوائت كثيرة وعلى الثاني لا يسقط لان الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا فيصلي سبع صلوات الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر والاول أصح ولو اجتمعت الفوائت القديمة

الحديثة

قوله والصحيح الى قوله وثمرته ملحق بهامش النسخ التي بايدينا وكتب عليه هذه الزيادة وهي من قوله والصحيح الاول الى قوله ولو كانت متفرقة لم توجد في خط المؤلف ولا بد من الحاقها لعدم استقامة ثمرة الخلاف بدونها اه

الحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون (ولم يعد) الترتيب (بعودها) أي بعود الفوائت (الى القلة) بأن كانت عليه صلوات فائتة فقضى بعضها حتى قل ما بقي لا يعود الترتيب فيما بقي لان الساقط لا يعود وقال أبو حفص الكبير وعليه الفتوى وهو اختيار شمس الأئمة وفخر الاسلام وقيل يعود الترتيب وهو اختيار الفقيه أبي جعفر قال صاحب الهداية وهو الاظهر فعلى هذا لو ترك صلاة شهر مثلا ثم قضاها الا صلاة ثم صلى الوقتية ذاكرا لها لم يجز عند هذا القائل (فلو صلى) شخص (فرضا) حال كونه (ذاكرا) أن عليه (فائتة ولو) كان المتروك (وترا فسد فرضه) فسادا (موقوفا) عند أبي حنيفة صورته صلى العصر مثلا ذاكرا أنه لم يصل الظهر فسد عصره موقوفا عنده حتى لو صلى بعده ست صلوات أو اكثر ولم يعد الظهر عاد الكل جائزا وعندهما يفسد فسادا باتا لان علة سقوط الترتيب الكثرة وانما يثبت الحكم اذا ثبتت الكثرة فيما بعدها الا في نفسها اذ هي تؤثر في غيرها لا في نفسها وله أن الحكم مع العلة يقترنان والكثرة صفة هذا المجموع وحكمها سقوط الترتيب فاذا ثبت صفة الكثرة بوجود الاخيرة استندت الصفة الى أولها بحكمها فيجوز الكل كمرض الموت لما ثبت له هذا الوصف استند اليه بحكمه وصورة الوتر المتروك بأن صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يصل الوتر فسد صبحه فسادا موقوفا عنده خلافا لهما لان الوتر واجب عنده فيراعى الترتيب وعندهما سنة فلا يراعى اذ لا ترتيب بين الفرائض والسنن

هذا (باب) في بيان أحكام (سجود السهو)

هذا من اضافة الحكم الى سببه (يجب بعد السلام) أي بعد سلام المصلي في آخر صلاته (سجدتان بتشهد) آخر (وتسليم) آخر بعد هذا التشهد ههنا ثلاثة أشياء الاول في صفة سجود السهو وهو واجب في الصحيح وعن البعض انه سنة الثاني في محله وهو بعد السلام عندنا وعند الشافعي قبله وعند مالك ان كان عن نقصان فقبله وان كان عن زيادة فبعده والخلاف في الاولوية ولا خلاف في الجواز قبله وبعده لصحة الحديث فيهما والترجيح لما قلنا من جهة المعنى أن السلام من الواجبات فيقدم على سجوده والثالث في كيفيته وهي أن يسجد سجدتين ثم يتشهد ثم يسلم ثم اختلف في السلام الاول فقيل يسلم تسليمتين وهو الصحيح وقيل تسليمة واحدة تلقاء وجهه ولا ينحرف عن القبلة وقيل تسليمة واحدة عن يمينه ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح وهو اختيار الكرخي وقيل يأتي بهما في القعدة الاولى وقال الطحاوي كل قعدة في آخرها سلام ففيها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يأتي بهما في القعدتين وقيل عندهما يصلي في الاولى وعند محمد في الاخيرة والباء في قوله (بترك واجب) يتعلق بقوله يجب أي يجب سجود السهو بترك شيء واجب كترك القعدة الاولى أو تأخير واجب كتأخير قراءة الفاتحة أو تغييره كالجهر فيما يخافت وبالعكس أو تأخير ركن كترك السجدة الصلبية سهوا ثم تذكرها في الركعة الثانية فسجدها أو تأخير القيام الى الثالثة بالزيادة على قدر التشهد أو تكرار ركن بأن ركع ركوعين أو سجد ثلاث سجدات أو تقديم ركن بان ركع قبل أن يقرأ أو سجد قبل أن يركع وقول الشيخ بترك واجب يشمل الكل لان في الحقيقة الوجوب فيه من شيء واحد وهو ترك الواجب فافهم ثم انه يكفيه سجدتان (وان تكرر) ترك الواجب حتى لا يجب عليه

أكثر من سجدتين قوله (وسهو امامه) بالجر عطفا على قوله بترك واجب أى يجب سجود السهو أيضا على المقتدى بسهو امامه بشرط أن يسجد الامام حتى لو تركها الامام يتركها المقتدى أيضا (لا) يجب على المقتدى (بسهوه) هو ولا على الامام لانه لو سجد هو يؤدى الى المخالفة ولو سجد الامام معه لانقلب المتبوع تابعا فلا يجوز (فان سها) المصلى (عن القعود الاول وهو) أى والحال انه (اليه) أى الى القعود (أقرب عاد) وقعد وتشهد لان ما قرب الى الشئ يأخذ حكمه (والا) أى وان لم يكن الى القعود أقرب (لا) يعود لانه كالقائم ويعتبر ذلك بالنصف الاسفل من الانسان ان كان النصف الاسفل مستويا كان الى القيام أقرب والا لا (ويسجد للسهو) لتركه الواجب (وان سها عن) القعود (الاخير عاد) اليه (مالم يسجد) للركعة التى قام اليها لان فيه اصلاح صلاته وأمكنه ذلك وقوله الاخير يشمل قعدة الصبح (وسجد للسهو فان سجد) للتى قام اليها (بطل فرضه) وقال الشافعى لا يبطل الا اذا كان عامدا (برفعه) أى برفع رأسه من السجود الذى وجد فى الركعة التى قام اليها عند محمد وعند أبى يوسف بطل بوضع جبهته وفائدته فيمن وضع جبهته فسبقه حدث فرفع رأسه للوضوء فتوضأ فعند أبى يوسف لا يمكنه اصلاحها لبطلانها وعند محمد يبنى والفتوى على قوله ثم اذا بطل الفرض هل تبطل النفلية أم لا ففيه خلاف أشار اليه بقوله (وصارت) الفريضة المذكورة (نفلا فيضم) اليها ركعة (سادسة) ليصير متنفلا بست ركعات اذ النفل شرع شفعا لا وترا وهذا عندهما وعند محمد بطل أصل الصلاة ولا يضم اليها شيأ (وان قعد فى) الركعة (الرابعة ثم قام) الى الركعة الخامسة (عاد) الى القعدة (وسلم) ليخرج عن الفرض بالسلام لانه واجب ولا يسلم قائما لانه غير مشروع (وان سجد للخامسة) أى للركعة الخامسة (تم فرضه) لانه قد أتى بالقعدة الاخيرة ولكنه أخر السلام فقط وعند الشافعى لا يتم بل يعود الى القعود ويسلم لان السلام فرض (وضم) ركعة (سادسة) ليصير شفعا اذ الركعة الواحدة غير مشروعة (لتصير الركعتان) الزائدتان (نفلا وسجد للسهو) لتأخيره السلام ولا تنوبان عن سنة الظهر وقيل تنوبان والاول أصح (ولو سجد للسهو فى شفع التطوع) بان تنفل رجل شفعا وسها فيهما وسجد للسهو وأراد أن يبنى عليهما أخريين (لم يبن شفعا آخر عليه) أى على الشفع الاول لئلا يبطل ما أدى من السجود بلا ضرورة لانه يقع فى الصلاة ومع هذا لو بنى صح ويعيد سجود السهو فى الصحيح لانه بطل (ولو سلم الساهى) فى الصلاة (فاقتدى به) أى بهذا الساهى (غيره فان) كان (سجد) الساهى للسهو (صح) اقتداء الرجل به (والا) أى وان لم يسجد (لا) يصح اقتداؤه هذا عندهما وعند محمد وزفر يصح مطلقا توضيح هذا أن من عليه سجود السهو اذا سلم يخرج عن حرمة الصلاة خروجا موقوفا فان سجد عاد اليها وان لم يسجد لم يعد عندهما وقال محمد وزفر لا يخرج أصلا وفائدة ذلك فيما ذكره الشيخ وفى انتقاض الطهارة بالقهقهة فعند محمد ينتقض وعندهما لا وفيما اذا كان مسافرا فنوى الاقامة فى هذه الحالة لا يتحول فرضه الى الاربع عندهما ويسقط عنه سجود السهو وعند محمد يتحول رباعية ويأتى بسجود السهو (ويسجد) الساهى (للسهو وان سلم) ناويا (للقطع) أى لقطع الصلاة لان هذا السلام غير قاطع على البتات اجماعا فتلغو نيته كما لو نوى الظهر ستا (وان شك) المصلى (انه كم صلى) واحدة أم ثنتين أم ثلاثا أم أربعا وذلك عرض له (أول مرة) بان لم يكن السهو عادة له لا أنه لم يسه فى عمره قط وقيل

أول سهو وقع له فى عمره ولم يكن سها فى صلاته قط بعد بلوغه وقيل أول سهوله فى تلك الصلاة والاول أصح (استأنف) صلاته المذكورة لقوله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم فى صلاته كم صلى فليستقبل الصلاة والاستقبال لا يتصور الا بالخروج عن الاولى وذلك بالسلام أو الكلام أو عمل ينافى الصلاة والسلام قاعدا أولى لانه عهد محللا شرعا ومجرد النية لغو (وان كثر) شكه (تحرى) أى أخذ بالاحرى وهو الاخذ باكبر رأيه لقوله صلى الله عليه وسلم من شك فى صلاته فليتحر الصواب ولا معارضة بين الحديثين لان ذلك محمول على ما اذا وقع له أول مرة وهذا على ما اذا وقع له غير مرة ولم يجعل الامر بالعكس لانه يوجب ترك العمل باحدهما فافهم (والا) أى وان لم يكن وقع له تحر على شئ (أخذ بالاقل) لتيقنه فان كان بين الاولى والثانية يعدها واحدة وبين الثانية والثالثة يعدها ثانية وبين الثالثة والرابعة يعدها ثالثة ويقعد على رأس كل ركعة يشك فيها (توهم مصلى) صلاة (الظهر انه أتمها فسلم) على الوهم (ثم علم انه صلى ركعتين) فقط (أتمها) أى أتم الظهر أربعا (وسجد للسهو) لانه عليه السلام فعل كذلك فى حديث ذى اليدين ولان السلام ساهيا لا يبطل صلاته لكونه دعاء من وجه بخلاف ما لو سلم على ظن انه مسافر او على ظن انها الجمعة أو كان قريب العهد بالاسلام فظن ان فرض الظهر ركعتان او كان فى صلاة العشاء فظن انها التراويح فسلم حيث تبطل صلاته فى هذه المسائل لانه سلم عامدا

هذا (باب) فى بيان أحكام صلاة (المريض)

المرض معنى يزول بحلوله فى بدن الحى اعتدال الطبائع الاربع (تعذر عليه) أى على المريض (القيام) فى الفرائض (أو) لم يتعذر ولكنه (خاف زيادة المرض) أو ابطاء البرء أو دوران الرأس أو كان يجد ألما شديدا للقيام (صلى) حال كونه (قاعدا يركع ويسجد) لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولو قدر على القيام متكئا يصلى متكئا فى الصحيح وكذلك لو قدر على أن يعتمد على عصا أو على خادم له فانه يقوم ويتكئ خصوصا على قول أبى يوسف ومحمد (أو) صلى حال كونه قاعدا (موميا ان تعذرا) أى الركوع والسجود لانه وسع مثله (وجعل سجوده أخفض) أى أخفض من ركوعه (ولا يرفع الى وجهه شئ يسجد عليه) أى على ذلك الشئ لورود النهى عن ذلك (فان فعل) على صيغة المجهول أى فان فعل الرفع المذكور (وهو) أى والحال انه (يخفض رأسه صح) لوجود الايماء (والا) أى وان لم يخفض رأسه (لا) يصح لعدم الايماء (وان تعذر) عليه (القعود أوما) حال كونه (مستلقيا) على ظهره جاعلا رجليه نحو القبلة وواضعا تحو مخدة تحت رأسه ليرتفع فيصير شبه القاعد اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الايماء للصحيح فكيف للمريض (أو) أوما حال كونه مضطجعا (على جنبه) ووجهه الى القبلة وقال الشافعى يومئ على الجنب وهو رواية عن أبى حنيفة (والا) أى وان لم يقدر على الايماء برأسه (أخرت) عنه الصلاة ولا تسقط وان كان العجز أكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا بخلاف المغمى عليه وقيل الاصح ان عجزه اذا زاد على يوم وليلة لا يلزمه القضاء وان كان دون ذلك يلزمه لان مجرد العقل لم يكف لتوجه الخطاب فقد ذكر محمد أن من قطعت يداه من المرفقين وقدماه من الساقين لا صلاة عليه (ولم يوم) عند عدم القدرة على الايماء برأسه (بعينه وقلبه وحاجبيه) وقال زفر والشافعى وهو رواية عن أبى يوسف يومئ بهذه

الاشياء لانه وسع مثله ولنا ماروينا (وان تعذر) عليه (الركوع والسجود لا القيام أومأ) حال كونه (قاعدا) وقال زفر والشافعي يصلي قائما لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن أداء ركن آخر ولنا أن المقصود الخضوع والخشوع لله تعالى ويحصل ذلك بالركوع والسجود والقيام وسيلة الى السجود فلا يجب بدونه (ولو مرض في صلاته) بعد ما شرع وهو صحيح (يتم) صلاته قاعدا (بما قدر) يعني بحسب طاقته فان قدر على الركوع والسجود فعلهما والا يومئ فان لم يقدر فيستلقي لانه بناء الادنى على الاعلى (ولو صلى) المريض حال كونه (قاعدا يركع ويسجد فصح) في أثناء صلاته (بنى) عليها قائما عندهما وقال محمد يستقبل وهذا مبني على اختلافهم في اقتداء القائم بالقاعد وقد مر (ولو كان) المريض صلى بعض صلاته حال كونه (موميا) ثم صح حتى قدر على الركوع والسجود (لا) يبني بل يستأنف خلافا لزفر لانه بناء القوي على الضعيف (وللمتطوع) بالنوافل (أن يتكئ على شئ) نحو العصا والحائط (ان أعيا) أي تعب لانه عذر فان لم يجد شيأ قعد والقعود بلا عذر جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما والاتكاء بلا عذر مكروه وقيل لا يكره عند أبي حنيفة (ولو صلى) رجل (في فلك) أي سفينة حال كونه (قاعدا بلا عذر) مثل دوران الرأس (صح) عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الا من عذر لان القيام ركن فلا يترك الا من عذر وله أن الغالب دوران الرأس فصار كالمحقق والاولى أن يخرج ان استطاع الخروج منها والخلاف في غير المربوطة ولو كانت مربوطة لم يجز قاعدا اجماعا وقيل يجوز عنده في حالتي الاجراء والارساء ويلزمه التوجه عند الافتتاح وكلما دارت السفينة لانها في حقه كالبيت حتى لا يتطوع فيها مومياً مع القدرة على الركوع والسجود بخلاف راكب الدابة (ومن أغمي عليه) وهو غلبة العقل (أو جن) وهو انسلاب العقل مقدار (خمس صلوات قضى) اذا أفاق وقال الشافعي لا يقضي اذا أغمي عليه وقت صلاة كامل كالجنون ولنا ما روى أن عليا رضي الله عنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن وابن عمر رضي الله عنهما أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض (ولو) كان الاغماء أو الجنون (أكثر) من خمس صلوات (لا) يقضي لما روينا ولانه اذا قصر يعتبر بالنوم واذا طال يعتبر بالصبا والطويل أن يزيد على يوم وليلة ليدخل في حد التكرار ثم تعتبر الزيادة على يوم وليلة بالاوقات عند محمد أي ما لم تصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة وعندهما يعتبر من حيث الساعات حتى لو أغمي عليه قبل الزوال ودام الى ما بعد الزوال من اليوم الثاني الا أنه أفاق قبل دخول وقت العصر لم يقض عندهما لانه من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة وعند محمد يقضي ما لم يمتد الى وقت العصر حتى تصير الصلوات ستا ولو زال عقله بالخمر يلزمه القضاء وان طال وكذا اذا ذهب عقله بالبنج أو الدواء عند أبي حنيفة وعند محمد يسقط لانه مباح ولو أغمي عليه من فزع من سبع أو آدمي لا يجب عليه القضاء بالاجماع والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (سجود التلاوة)

وهي مصدر من تلا يتلو بمعنى قرأ وتلا بمعنى تبع مصدره تلو (يجب) سجود التلاوة وقال الشافعي يسن لانه عليه السلام قرأها ولم يسجد لها ولنا ان آياتها كلها تدل على الوجوب لانها على ثلاثة أقسام قسم أمر صريح وهو الوجوب وقسم ذكر فيه فعل الانبياء عليهم السلام والاقتداء

بهم واجب وقسم فيه استنكاف الكفار ومخالفتهم واجبة وتأويل ما رواه انه لم يسجد للحال وليس فيه دليل على عدم الوجوب اذ هى لا تجب على الفور وانما تجب (بأربع عشرة آية) أى بتلاوتها فتكون الباء للسببية ويجوز أن تكون بمعنى الظرف أى يجب فى أربع عشرة آية وهى فى آخر الاعراف والرعد والنحل وبنى اسرائيل ومريم والاولى فى الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك (منها) أى من أربع عشرة آية التى هى (اولى الحج) واحترز بها عن الثانية فيه لانها ليست بسجدة تلاوة وقال الشافعى هى من السجدات لحديث عقبة قال قلت يا رسول الله أفضلت سورة الحج بأن فيها سجدتين قال نعم ومن لم يسجدهما لم يقرأهما ولنا ما روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم انهما قالا سجدة التلاوة فى الحج هى الاولى والثانية سجدة الصلاة وقرانها بالركوع يؤيد ما روى عنهما وما رواه لم يثبت ولئن ثبت فالمراد بأحدهما سجدة التلاوة وبالاخرى سجدة الصلاة (و) منها (ص) وقال الشافعى هى سجدة الشكر لما روى عن ابن عباس انه عليه السلام سجد فى ص وقال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا ولنا ما روى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه سجد فى ص وما رواه ضعفه البيهقى ولئن صح فالمراد به لاجل الشكر وهو لا ينافى الوجوب وقال مالك لا سجود فى المفصل وهو سورة النجم والانشقاق والعلق وقوله (على من تلا) يتعلق بقوله يجب أى يجب سجدة التلاوة فى هذه المواضع على من تلاها (ولو) كان (اماما او) على من (سمع) آية السجدة (ولو) كان (غير قاصد) لسماع القرآن لما روى عن عثمان وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم انهم أوجبوا على التالى والسامع من غير قصد وكفى بهم قدوة (او) كان السامع (مؤتما) وان لم يسمع حقيقة كما اذا قرأها الامام سرا أو لم يكن حاضرا وقت القراءة لانها تجب عليه تبعا له (لا) تجب (بتلاوته) أى بتلاوة المقتدى عليه وعلى من سمعه من المصلين بصلاة امامه عندهما وقال محمد تجب عليهم ويسجدونها بعد الفراغ منها لتحقق السبب ولهما انه محجور عليه عن القراءة ولا حكم لتصرف المحجور عليه بخلاف من ليس معهم فى الصلاة لان الحجر ثبت فى حقهم فلا يعدوهم ومن تلاها فى الركوع أو السجود أو التشهد لا يجب عليه للحجر عن القراءة فيه وقال المرغينانى تجب وتتأدى فيه ولو سمعها ممن لا تجب عليه الصلاة لصغر أو جنون او حيض أو نفاس تجب لتحقق السبب وقيل لا تجب بقراءة المجنون والصغير الذى لا يعقل ولا تجب بقراءة النائم أو المغمى عليه فى رواية وكذا لو سمعها من طوطى على الصحيح (ولو سمعها) أى آية السجدة (المصلى من غيره) ممن ليس معه فى الصلاة (سجد بعد الصلاة) لتحقق السبب (ولو سجد فيها) أى فى الصلاة تلك السجدة التى سمعها من غيره (اعادها) أى السجدة لانها ناقصة لمكان النهى فلا يتأدى بها الكامل (لا) يعيد (الصلاة) لان السجود من أفعالها فلا يفسدها وفى رواية يفسدها فيعيدها وقيل هى قول محمد (ولو سمع) رجل آية السجدة (من امام فائتم به) أى بالامام (قبل ان يسجد) الامام لها (سجد) المؤتم (معه) أى مع الامام تحقيقا للمتابعة (و) ان ائتم به (بعده) أى بعد سجود الامام لها (لا) يسجدها الا فى الصلاة ولا بعد الفراغ منها وهذا اذا أدركه فى تلك الركعة باتفاق الروايات لانه صار مدركا للسجدة بادراك تلك الركعة فيصير مؤديا لها وان

أدركه فى الركعة الثانية يسجد لها بعد الفراغ (وان لم يقتد به سجدها) أى وان لم يقتد بالامام سجدها لتقرر السبب فى حقه وعدم المانع (ولم تقض) السجدة (الصلاتية) التى توجد فى الصلاة (خارجها) أى خارج الصلاة لان لها مزية فلا تتأدى بالناقص (ولو تلا) آية السجدة (خارج الصلاة فسجد) لها (واعاد) تلك السجدة (فيها) أى فى الصلاة (سجد) سجدة (اخرى) لان الصلاتية أقوى فلا تكون تبعا للاضعف (وان لم يسجد) لها (اولا) يعنى خارج الصلاة ثم أعادها فى الصلاة (كفته) سجدة (واحدة) عن التلاوتين للتداخل وجعلت الصلاتية مستتبعة للاولى لانها أقوى وفى نوادر أبى سليمان يلزمه سجدة أخرى (كمن كررها) أى آية السجدة (فى مجلس) واحد كالبيت والمسجد والسفينة فانه يكفيه سجدة واحدة لان مبناها على التداخل ما أمكن وامكانه على اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات وشرط التداخل اتحاد الآية والمجلس فلا يضر المشى خطوة أو خطوتين ولا أكل لقمة وشرب جرعة ولا انتقال من زاوية البيت أو المسجد الى زاوية أخرى بخلاف تسدية الثوب والانتقال من غصن الى غصن والدياسة وكراب الارض والسبح فى النهر أو الحوض لاختلاف المجلس حقيقة (لا) تكفيه سجدة واحدة اذا كررها (فى مجلسين) لاختلاف المجلس ثم التبدل سواء فى حق السامع والتالى فلو تبدل مجلس السامع دون التالى يتكرر الوجوب على السامع اجماعا ولو تبدل مجلس التالى دون السامع يتكرر على السامع عند البعض والاصح انه لا يتكرر (وكيفيته) أى كيفية سجود التلاوة (ان يسجد بشرائط الصلاة) وهى الطهارة من الاحداث والانجاس وستر العورة واستقبال القبلة (بين تكبيرتين) تكبيرة عند الوضع وتكبيرة عند الرفع وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يكبر عند الانحطاط وعن أبى حنيفة يكبر فى الابتداء دون الانتهاء وقيل يكبر فى الابتداء بلا خلاف وفى الانتهاء خلاف بين أبى يوسف ومحمد فعلى قول أبى يوسف لا يكبر وعلى قول محمد يكبر والباء فى قوله (بلا رفع يد) يتعلق بقوله أن يسجد أى بلا رفع يديه عند السجود (و) لا (تشهد و) لا (تسليم) بعد رفع رأسه وقال الشافعى يجب التحريم والتحليل بأن يقوم وينوى ويكبر للافتتاح ويرفع يديه حذو منكبيه ثم يكبر أخرى للهوى من غير رفع اليد ثم يقعد ويسلم تسليمتين وعند أحمد يسلم بلا تشهد (وكره ان يقرا سورة ويدع) أى يترك (آية السجدة) لانه يشبه الاستنكاف عنها (لا) يكره (عكسه) وهو أن يقرأ آية السجدة ويدع ماسواها لانه مبادرة اليها ويستحب اخفاؤها شفقة على السامعين وقيل ان وقع بقلبه انهم يؤدونها ولا يشق عليهم ذلك جهر بها ليكون حثا لهم على الطاعة

هذا (باب) فى بيان أحكام (المسافر)

وهو مفاعل من سافر بمعنى سفر لان المفاعلة لا تكون الا بين اثنين (من جاوز بيوت مصره) من الجانب الذى خرج منه وان كان بحذائه من جانب آخر بناء حال كونه (مريدا سيرا وسطا) وهو سير الابل ومشى الاقدام اذ أعجل السير سير البريد وابطؤه سير العجلة وخير الامور أوساطها وقال الشارح ان انتصاب سيرا بفعل مقدر والكلام فيه حذف وتقديم وتأخير وان انتصاب ثلاثة أيام على انه مفعول لقوله مريدا تقديره مريدا ثلاثة أيام بأن يسير سيرا وسطا لانه لا يريد السير بل يريد تلك المسافة قلت لا يحتاج الى هذا التكلف وليس فى التركيب ماذكره بل قوله

سيرا هو مفعول قوله مريدا ثم ان هذا السير متصف بشيئين الاول أن يكون وسطا والثانى أن يكون ثلاثة أيام لانه لاشك حين يخرج من بيته يريد سيرا ولكن بمجرد ارادة السير مطلقا لا يرخص له بل حين أراد السير الوسط المقدر بثلاثة أيام فحينئذ انتصاب سيرا على المفعولية وانتصاب وسطا وثلاثة أيام على الوصفية ويجوز أن ينتصب سيرا بنزع الخافض ويكون قوله ثلاثة أيام مفعولا لقوله مريدا فيكون تقديره مريدا بسير وسط (ثلاثة أيام) ولياليها وهذا أدنى مدة السفر عندنا وعند الشافعى مقدر بيومين وهو ستة عشر فرسخا وفى قول بيوم وليلة وعند مالك بأربعة برد كل بريد اثنا عشر ميلا وعند أبى يوسف بيومين وأكثر الثالث ولنا قوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وجه الاستدلال ان المسافر ذكر محلى بالالف واللام فاستغرق الجنس لعدم المعهود واقتضى تمكن كل مسافر من مسح ثلاثة أيام ولا يمكن ذلك الا وأن تكون أقل مدة السفر ثلاثة أيام اذ لو كان أقل من ذلك لخرج بعض المسافرين عن استيفاء هذه الرخصة والزيادة عليها منتفية اجماعا فكان الاحتياج الى اثبات ان الثلاثة أقل مدة السفر وقوله (فى بر أو بحر أو جبل) تفصيل للسير المتصف بثلاثة أيام والتقدير سيرا متصفا بكونه فى ثلاثة أيام حاصلا أو واقعا فى بر أو فى بحر أو فى جبل فمسيرة السفر فى البر ظاهرة وهى اما ثلاث مراحل لان المعتاد فى كل يوم مرحلة خصوصا فى أقصر أيام السنة كما هو المروى عن أبى حنيفة أو ست مراحل وهو المعهود بين الناس ولا سيما فى الايام الطوال لانهم يقطعون كل يوم مرحلتين بمشى الجمال والاقدام وأما مسيرة السفر فى البحر فلم يذكرها فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه يعتبر مسيرة ثلاثة أيام فى البر وان أسرع فى السير وسار فى يومين أو أقل والفتوى على أن ينظر كم تسير السفينة فى ثلاثة أيام ولياليها اذا كانت الرياح معتدلة فيجعل ذلك هو المقدر وأما مسيرة السفر فى الجبل فكذلك ينظر كم يسير الماشى فيه فى ثلاثة أيام ولياليها فيجعل ذلك هو المقدر وقوله (قصر الفرض الرباعى) جواب المسئلة وهو منسوب الى رباع كالثلاثى منسوب الى ثلاث وكلاهما معدولان عن أربعة أربعة وثلاثة ثلاثة فتقييده بهذا يخرج المغرب لانه ثلاثى والفجر لانه ثنائى (فلو اتم) المسافر الرباعى ولم يقصر (وقعد فى الركعة (الثانية صح) فرضه والاخريان تطوع كما لو صلى الفجر أربعا وأساء بتأخير السلام (والا) اى وان لم يقعد فى الثانية قدر التشهد (لا) يصح لاشتغاله بالنفل قبل اكمال الفرض والاصل فى هذا ان فرض المسافر ركعتان عندنا فتكون القعدة الاولى من الرباعية فرضا فى حقه وقال الشافعى فرضه الاربع والقصر رخصة وقوله (حتى يدخل مصره) غاية لقوله قصر الفرض الرباعى أى له أن يقصر مادام فى سفره الى أن يدخل مصره الا اذا كان لاحقا بأن اقتدى مسافر بمسافر ثم نام فلما فرغ الامام استنبه ودخل مصره للوضوء يقصره لانه وراء الامام حكما وقال زفر يتم كالمسبوق (او ينوى) عطف على قوله يدخل مصره أى أو أن ينوى المسافر (اقامة نصف شهر) وهو خمسة عشر يوما (ببلد او قرية) فحينئذ يتم وعند الشافعى اذا أقام أربعة ايام يتم والتقييد بهما يؤذن بأنه لا تصح نية الاقامة فى المفازة هذا اذا سار ثلاثة أيام فصاعدا وأما اذا لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط أن تكون الاقامة فى بلد أو قرية بل تصح ولو فى المفازة (لا) يتم اذا نوى الاقامة (بمكة ومنى) لان الاقامة لا تكون فى مكانين الا اذا نوى أن يقيم فى الليل فى أحدهما

فيصير مقيما بدخوله فيه هذا اذا كان كل منهما أصلا بنفسه كما ذكر وان كان أحدهما تبعا للآخر بأن كان في قرية قريبة من المصر بحيث تجب الجمعة على ساكنيها فانه يصير مقيما فيتم بدخول أحدهما أيهما كان (وقصر) المسافر صلاته (ان نوى) الاقامة (اقل منه) أي من نصف شهر وعند الشافعي ومالك ان نوى اقامة أربعة أيام غير يومي الدخول والخروج يصير مقيما وعند احمد ان نوى اقامة مدة يصلي فيها أكثر من عشرين صلاة يتم والا فلا (او لم ينو) شيأ بالكلية بل قال حين دخل بلدا اغدا أخرج وبعد غد أخرج (وبقي) على ذلك (سنين) لعدم النية (او نوى عسكر ذلك) أي نصف شهر (بأرض الحرب) وهو معطوف على ما قبله يعني ان عسكر المسلمين اذا نزلوا بدار الحرب ونووا الاقامة خمسة عشر يوما يقصرون أيضا (وان) كانوا (حاصروا مصرا) من أمصارهم لان حالهم متردد بين الهزم والانهزام فلم تصادف النية محلها وقال زفر يصيرون مقيمين لصحة النية وهو رواية عن أبي يوسف (او حاصروا) معطوف على ما قبله أيضا أي أو حاصر المسلمون (اهل البغي) وهم المسلمون الذين خرجوا عن طاعة الامام (في دارنا) أي في دار الاسلام (في غيره) أي في غير مصر من أمصار المسلمين لما ذكرنا وعند زفر تصح نيتهم للاقامة أيضا وعن أبي يوسف تصح اذا كانوا في بيوت المدر وكذلك الخلاف اذا حاصروهم في البحر واما اذا حاصروهم في مصر من امصار المسلمين تصح نيتهم للاقامة بلا خلاف (بخلاف اهل الاخبية) فان نية الاقامة تصح منهم في الاصح وان كانوا في المفازة وهي جمع خباء وهو بيت الشعر وهم العرب والتركمان الذين ينزلون في بيوت الشعر ويرحلون من أرض الى أرض فاذا نزلوا في أرض فيها مرعى وماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما يتمون لان الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى بخلاف العسكر (وان اقتدى مسافر بمقيم في الوقت صح) اقتداؤه (واتم) صلاته مع الامام لانه تغير فرضه الى أربع لصحة الاقتداء وان افسده يصلي ركعتين لان لزوم الاربع للمتابعة وقد زالت بخلاف ما لو اقتدى به بنية النفل ثم افسده حيث يلزمه الاربع بالشروع (و) ان اقتدى (بعده) اى بعد خروج الوقت (لا) يصح اقتداؤه بالمقيم لان فرضه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى في الشفع الاول وفي حق القراءة والتحريمة في حق الثاني (وبعكسه) اى وبعكس ما ذكر وهو اقتداء المقيم بالمسافر (صح فيهما) اى في الوقت وبعده اذا اتفق الفرضان لانه يكون اقتداء متنفل بمفترض في حق القعدة فان سلم المسافر يتم المقتدي صلاته ثم الاصح انه لا يقرأ فيما بقي لانه كاللاحق وقيل يقرأ كالمسبوق (ويبطل الوطن الاصلي) وهو مولد الانسان او البلدة التي تأهل فيها (بمثله) اى بالوطن الاصلي لان الشيء يبطل بمثله حتى لو انتقل من وطنه الاصلي وتوطن ببلد آخر بأهله وعياله ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له كمكة للنبي صلى الله عليه وسلم (لا) يبطل الوطن الاصلي بانشاء (السفر) لانه دونه ولا يبطل الوطن الاصلي بوطن الاقامة ايضا (و) يبطل (وطن الاقامة) وهو الموضع الذي ينوي المسافر ان يقيم فيه خمسة عشر يوما فصاعدا (بمثله) اى بوطن الاقامة لانه مثله (و) بانشاء (السفر) ايضا لانه ضده (و) بالوطن (الاصلي) أيضا لانه فوقه والاصل فيه ان الفسخ يجوز بالمثل وبما فوقه لا بما دونه وقد عرفت ان الاوطان ثلاثة أصلي ووطن اقامة ووطن السكنى وهو ما يكون بنية الاقامة

اقل من خمسة عشر يوما فالاول ينتقض بمثله ولا يبطل بالآخرين ولا بالسفر والثانى يبطل بالاول وبالثانى وبالسفر والثالث يبطل بالكل والسفر ولم يعتبر المحققون وطن السكنى وهو الصحيح لان حكم السفر فيه باق فلم يصر وطنا فكيف يترتب عليه الانتقاض ولهذا لم يذكره الشيخ رحمه الله قلت له فائدة تظهر فى رجل خرج من مصره الى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فانه يتم فيها لانه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له ان يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة فى موضع آخر فسافر فانه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لانه لم يوجد ما يبطله مما هو فوقه أو مثله (وفائتة السفر) فائتة (الحضر تقضى ركعتين و) تقضى (اربعا) وفيه لف ونشر لان قوله ركعتين يرجع الى فائتة السفر وقوله أربعا يرجع الى فائتة الحضر وذلك لان القضاء يحكى الاداء (والمعتبر فيه) أى فى الحكم المذكور وهو وجوب الاربع او الركعتين (آخر الوقت) فان كان فى آخر الوقت مسافرا وجب عليه ركعتان وان كان مقيما وجب عليه أربع وكذلك حكم الحيض والطهر والبلوغ والاسلام ثم آخر الوقت يعتبر بقدر التحريمة عندنا وعند زفر بقدر ما يتمكن من اداء الصلاة فيه حتى انه اذا سافر فى آخر الوقت وبقى منه قدر ما يتمكن من أن يصلى فيه ركعتين قصر عنده وان بقى أقل منه اتم وعلى هذا الباقى والاصل أصولى (والعاصى) مثل قاطع الطريق والسارق والباغى والخارجى والعبد الآبق (كغيره) من المطيعين فى الترخص برخص المسافرين لاطلاق النصوص وقال الشافعى سفر المعصية لا يفيد الترخص وبه قال مالك واحمد (وتعتبر نية الاقامة والسفر من الاصل) كالامير والزوج والمولى (دون التبع كالمرأة) فانها تبع لزوجها (والعبد) فانه تبع لمولاه (والجندى) فانه تبع لاميره وكذلك الاجير تبع للمستأجر والتلميذ تبع للاستاذ والاسير لمن أسره والمكره تبع للمكره ثم المرأة انما تكون تبعا للزوج اذا أوفاها مهرها المعجل والجندى انما يكون تبعا اذا كان يرتزق من الامير فاذا كان مضافا اليه لا يكون تبعا والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان احكام (الجمعة) *

وهى مشتقة من الاجتماع لاجتماع الناس فيه وكان اسمها فى الجاهلية العروبة وقيل أول من سماها جمعة كعب بن لؤى ويسمى يوم المزيد لتزايد الخيرات فيه أو لتزايد الثواب وقد يطلق عليه العيد أيضا كما جاء فى عبارات المتقدمين (شرط ادائها) أى اداء صلاة الجمعة (المصر فلا تجوز فى قرية ولا مفازة لقول على رضى الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا اضحى الا فى مصر جامع (وهو) اى المصر أى حده (كل موضع له امير) يحرس الناس ويمنع المفسدين ويقوى أحكام الشرع (وقاض ينفذ الاحكام) الشرعية (ويقيم الحدود) فيرجم المحصن الزانى ويجلد غير المحصن ويقطع السارق ويحد القاذف وشارب الخمر ويحكم بالقود والدية ونحوها وهذه رواية عن أبى يوسف وهى اختيار الكرخى وعنه هو كل موضع يكون فيه كل محترف ويوجد فيه جميع ما يحتاج الناس اليه فى معايشهم وفيه فقيه يفتى وقاض يقيم الحدود وعنه انهم لو اجتمعوا فى أكبر مساجدهم لا يسعهم وقيل يوجد فيه عشرة آلاف مقاتل وقيل أن يكون بحال أن يعيش فيه كل محترف بحرفته من سنة الى سنة من غير أن يشتغل بحرفة اخرى وعن محمد كل موضع مصره الامام فهو مصر حتى لو ولى فى قرية نائبا لاقامة الحدود والقصاص

يصير مصرا فاذا عزله يلتحق بالقرى وقال ابو حنيفة كل بلدة يكون فيها سكك واسواق وبها رساتيق ووال ينصف المظلوم من ظالمه وعالم يرجع اليه فى الحوادث وهو الاصح وقال الشافعى تجب على أهل كل قرية فيها أربعون رجلا احرار بالغون مقيمون لا يظعنون صيفا ولا شتاء الا ظعن حاجة لحديث ابن عباس أول جمعة جمعت بعد جمعة فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجد عبد القيس بجواثا قرية من قرى البحرين ولنا ما روينا وجواثا اسم لحصن قاله الجوهرى وقال صاحب المبسوط هى المدينة والمدينة تسمى قرية قال الله تعالى على رجل من القريتين عظيم وهما مكة والطائف (او مصلاه) عطف على المصر أى او مصلى المصر مثل مصلى العيد والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز فى جميع افنية المصر لانها بمنزلة المصر واختلف فى تقدير الافنية فبعضهم قدرها بميل و بعضهم بميلين وقيل بفرسخين وقيل بغلوة وقيل بمنتهى حد الصوت اذا صاح فى المصر أو أذن مؤذن فمنتهى صوته فناء المصر (ومنى مصر) فيجوز اقامة الجمعة فيها عندهما اذا كان الامام أمير الحجاز أو الخليفة لا أمير الموسم لانه يلى أمور الحج لا غير وقال محمد لا يجوز لانها من القرى ولهما انها تتمصر فى أيام الموسم وفيها ابنية ودور وسكك وهذا يشير الى انها لا تجوز فى غير أيام الموسم لانها لا تبقى مصرا بعدها وقيل تجوز لانها من فناء مكة قلت هذا انما يستقيم على قول من قدر الفناء بفرسخين لان بينهما فرسخين ومنى مقصور موضع بمكة مذكر يصرف قاله الجوهرى قلت ينبغى أن لا يصرف للعلمية والتأنيث واشتقاقها من منيت اذا قدرت سميت بذلك لوقوع الاقدار فيها على الهدايا (لا عرفات) أى عرفات ليست بمصر لانها فضاء ولا من فناء مكة لان بينهما أربعة فراسخ وهى علم للموقف سمى بجمع كاذرعات ولكنها منصرفة كمسلمات لان الالف والتاء تمنع تقدير تاء التأنيث فيها والتى فيها ليست للتأنيث انما هى مع الالف علامة جمع المؤنث سميت بذلك لانها وصفت لابراهيم عليه السلام فلما أبصرها عرفها وقيل التقى فيها آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه فتعارفا وقيل غير ذلك (وتؤدى) الجمعة (فى مصر) واحد (فى مواضع) متعددة عند أبى حنيفة فى الصحيح وهو قول محمد والشافعى ومالك وعن ابى حنيفة لا تجوز الا فى موضع واحد وهو قول عن الشافعى وعن أبى يوسف لا تجوز فى موضعين الا أن يكون بينهما نهر فاصل كبغداد وسمرقند وهو قول أحمد وقوله (والسلطان أو نائبه) بالرفع عطف على قوله المصر أى وشرط أدائها أيضا السلطان أو نائبه وقال الشافعى لا يشترط ذلك كسائر الفرائض ولنا قوله عليه السلام من تركها استخفافا بها وله امام عادل أو جائر فلا جمع الله شمله شرط فيه أن يكون له امام وتجوز خلف المتغلب الذى لا منشور له من الخليفة اذا كانت سيرته فى رعيته سيرة الامراء (و) شرط أدائها ايضا (وقت الظهر) لانه عليه السلام كان يصليها بعد الزوال وعند احمد تجوز قبله ثم فرع عليه بالفاء بقوله (فتبطل) الجمعة (بخروجه) أى بخروج وقت الظهر وهو فيها ولا يبنيه عليها لاختلاف الصلاتين خلافا لمالك والشافعى (و) شرط ادائها ايضا (الخطبة) الكائنة (قبلها) أى قبل صلاة الجمعة حتى لو صلوا بلا خطبة أو خطبوا قبل الزوال لم يجز (وتسن خطبتان بجلسة) كائنة (بينهما) أى بين الخطبتين ومقدارها أن يستقر كل عضو منه فى موضعه يحمد فى الاولى ويتشهد ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويعظ الناس وفى الثانية كذلك الا أنه يدعو مكان الوعظ كذا جرى

التوارث والباء فى (بطهارة) تتعلق بقوله تسن والاظهر أن تتعلق بمحذوف تقديره يخطب بطهارة حال كونه (قائما) للنقل المستفيض هكذا فلو خطب قاعدا أو محدثا أو لم يفصل بينهما جاز ويكره ويستحب اعادتها اذا كان جنبا وقالت الثلاثة لا يجوز فى الكل لانها قائمة مقام الركعتين وعندنا لا تقوم مقامهما على الاصح لانها تنافى الصلاة لما فيها من استدبار القبلة والكلام فلا يشترط لها ما يشترط للصلاة (وكفت) فى الخطبة (تحميدة) أى قوله الحمد لله (أو تهليلة) أى قوله لا اله الا الله (أو تسبيحة) اى قوله سبحان الله لاطلاق قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقال أبو يوسف ومحمد لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وأقله قدر قراءة التشهد لان ما دون ذلك لا يسمى خطبة وقال الشافعى لا بد من خطبتين وقوله (والجماعة) بالرفع عطف على قوله والخطبة أى وشرط ادائها أيضا الجماعة لانها مشتقة منها والاجماع على انها لا تصح للمنفرد (وهم) أى الجماعة (ثلاثة) أنفس سوى الامام عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف اثنان سوى الامام وعند الشافعى أقلهم أربعون رجلا كما ذكرنا ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فان نفروا) أى الجماعة أى هربوا (قبل سجوده) اى سجود الامام وذلك بعد أن أحرموا معه (بطلت) الجمعة عند أبى حنيفة وقالا لا تبطل ولو نفروا بعد السجود لا تبطل خلافا لزفر والاصل فيه ان الجماعة شرط تأكد العقد بالسجدة عنده وعندهما للشروع وعند زفر للاداء ولا يعتبر بقاء النساء والصبيان بخلاف العبيد والمسافرين (والاذن العام) بالرفع عطف على المرفوعات قبله أى وشرط ادائها أيضا الاذن العام من الامام وهو أن يفتح أبواب الجوامع ويأذن للناس حتى لو اجتمعت جماعة فى الجامع واغلقوا الباب وجمعوا لم يجز ذلك وكذا السلطان اذا أغلق باب قصره وصلى بأصحابه لم يجز لعدمه وان فتح باب قصره وأذن للناس بالدخول فيه يجوز ويكره لانه لم يقض حق المسجد الجامع (وشرط وجوبها) أى وجوب الجمعة (الاقامة) فلا تجب على المسافر (والذكورة) فلا تجب على النساء (والصحة) فلا تجب على المريض (والحرية) فلا تجب على العبد اتفاقا واختلف فى المكاتب والعبد المأذون والعبد الذى حضر باب الجامع ليحفظ دابة مولاه (وسلامة العينين) فلا تجب على الاعمى وان أصاب قائدا يمشى معه عند أبى حنيفة خلافا لهما (و) سلامة (الرجلين) فلا تجب على المقعد ومقطوع الرجلين (ومن لا جمعة عليه) مثل المسافر والمرأة والعبد والمريض والمختفى من السلطان الجائر والشيخ الفانى ونحوهم (ان) حضر الجمعة و (اداها جاز) اداؤه (عن فرض الوقت) وأغنى عن الظهر لان السقوط للتخفيف فاذا تحمله جاز عن فرض الوقت كالمسافر اذا صام (وللمسافر والعبد والمريض ان يؤم فيها) أى فى الجمعة وقال زفر لا يجوز والتعليل مامر (وتنعقد) الجماعة للجمعة (بهم) أى بالمذكورين حتى لو لم يحضر غيرهم جازت الجمعة خلافا للشافعى رحمه الله (ومن لا عذر له) وهو الصحيح المقيم الحر (لو صلى) صلاة (الظهر قبلها) أى قبل صلاة الجمعة (كره) ما صلى وقال زفر والثلاثة لا يجوز وهذا مبنى على ان الاصل عندهم هو الجمعة وعندنا هو الظهر الا انه مأمور باسقاطه بالجمعة فيكون بتركه مسيئا فيكره ثم فرع على هذا الاصل بالفاء بقوله (فان سعى) اى الذى صلى الظهر مثلا (اليها) أى الى الجمعة (بطل) اى ظهره عند ابى حنيفة بمجرد السعى لانه من خصائصها فله حكمها وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام وفى رواية

حتى يتمها حتى لو أفسدها بعد ما شرع فيها لا يبطل ظهره لان السعي اليها دونه فلا يبطل به الظهر هذا اذا كان الامام فى الصلاة بحيث يمكنه ان يدركها أو لم يشرع فيها بعد واقامها بعد السعي وأما اذا كان قد فرغ منها أو كان سعيه مقارنا لفراغه أو لم يقمها الامام لعذر أو لغيره فلا يبطل والمعتبر فى ذلك الانفصال عن داره حتى لا يبطل قبله على المختار ولو كان الامام فيها وقت الانفصال ولكنه لا يمكنه أن يدركها لبعد المسافة لا يبطل عند العراقيين وعند مشايخ بلخ تبطل (وكره للمعذور) مثل المريض (والمسجون) فى الحبس (اداء الظهر بجماعة) يوم الجمعة (فى المصر) سواء كان قبل فراغ الامام أو بعده يروى ذلك عن على رضى الله عنه بخلاف أهل السواد (ومن ادركها) أى الجمعة حال كون الامام (فى التشهد او) فى (سجود السهو اتم) هذا المدرك (جمعة) عندهما وقال محمد ان أدرك أكثر الركعة الثانية مع الامام أتم جمعة وان أدرك أقلها أتم ظهرا لانه جمعة من وجه وظهر من وجه لفوات بعض الشروط فى حقه فيصلى أربعا اعتبارا للظهر ويقعد على رأس الركعتين لا محالة اعتبارا للجمعة ولهما قوله عليه السلام فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا أمر بقضاء ما فاته وهو الذى صلى الامام قبل الاقتداء به لا صلاة اخرى (واذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام) هذا لفظ الحديث ومعنى خرج اذا صعد على المنبر وهذا عند أبى حنيفة لظاهر الحديث من غير فصل وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج قبل أن يخطب واذا نزل قبل أن يكبر واختلفا فى جلوسه اذا سكت فعند أبى يوسف يباح له خلافا لمحمد وعند الشافعى يأتى بالسنة وتحية المسجد ورد السلام (ويجب السعي) الى الجمعة (وترك البيع بالاذان الاول) اذا وقع بعد الزوال وقيل يجب بالاذان الثانى لانه لم يكن فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم الا هو وقيل يجب بدخول الوقت وان لم يؤذن لها أحد ثم اذا عقد وقت الاذان ينعقد ولكنه يكره خلافا لبعض الشافعية والحنابلة (فان جلس) الامام (على المنبر اذن) يعنى أذن المؤذنون (بين يديه) أى بين يدى المنبر بذلك جرى التوارث ولا ينبغى أن يصلى غير الخطيب لان القصر للخطبة فلا يقيمها اثنان (واقيم) أى أوتى باقامة الجمعة (بعد تمام الخطبة) والفصل بينهما بامر الدنيا مكروه

هذا (باب) فى بيان أحكام صلاة (العيدين)

أصل العيد عود قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها سمى به لانه يعود كل سنة ويجمع على اعياد ليفرق عن اعواد جمع عود يعنى آلة اللهو والعود بمعنى الخشبة يجمع على عيدان فافهم (تجب صلاة العيد) فى الاصح وقيل تسن وبه قال الشافعى ومالك وعن أحمد فرض كفاية (على من تجب عليه الجمعة) فلا تجب على المسافر والعبد والمريض والمرأة وقوله (بشرائطها) يتعلق بقوله تجب أى تجب بشرائط الجمعة من شروط الاداء وهى المصر أو مصلاه والسلطان أو نائبه وشروط الوجوب وهى الاقامة والذكورة والصحة والحرية وسلامة العينين والرجلين وشروط الجواز وهى الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية (سوى الخطبة) فانها ليست بشرط فى العيد بخلاف الجمعة (وندب) اى استحب (فى) عيد (الفطر أن يطعم) بفتح الياء والعين

أي يأكل قبل الخروج الى المصلى تمرات ثلاثا أو خمسا أو سبعا أو أقل أو أكثر بعد أن يكون وترا والاشبه من أي حلو كان بذلك ورد الاثر (و) ندب أيضا أن (يغتسل و) أن (يستاك و) أن (يتطيب و) أن (يلبس أحسن ثيابه) لانه يوم اجتماع وسرور (و) أن (يؤدي صدقة الفطر) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر أن نؤديها قبل خروج الناس الى الصلاة (ثم يتوجه الى المصلى) وهو الموضع الذي يجتمع فيه الناس مع الامام لصلاة العيد ويسمى جبانة حال كونه (غير مكبر) جهرا في الطريق بل مكبرا خفية عند أبي حنيفة لان الاصل في الثناء الاخفاء الا ما خصه الشارع كيوم الاضحى وقالا يجهر به لان ابن عمر رضي الله عنهما كان يرفع صوته بالتكبير (ومتنفل) بالجر عطفا على مكبر أي وغير متنفل (قبلها) أي قبل صلاة العيد فان قلت فعلى ما ذكرت هذه أيضا حال فكيف يتصور التنفل وعدمه في حالة التوجه قلت هو من الاحوال المقدرة التي تسمى حالا منتظرة ثم التنفل في المصلى قبل الصلاة مكروه عندنا خلافا للشافعي واختلف في البيت قبل الصلاة وبعدها في المصلى فالعامة على الكراهة قبل الصلاة مطلقا وبعدها في المصلى (ووقتها) أي وقت صلاة العيد (من ارتفاع الشمس) أي ابيضاضها (الى زوالها) أي زوال الشمس عن كبد السماء وقال الشافعي وقتها طلوع الشمس ويستحب تأخيرها (ويصلي) الامام بالناس (ركعتين) حال كونه (مثنيا) أي آتيا بالثناء وهو سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره خلافا للشافعي ومالك (قبل التكبيرات (الزوائد وهي) أي الزوائد (ثلاث) تكبيرات (في كل ركعة ويوالي) من الموالاة وهي المتابعة (بين القراءتين) بأن يكبر للافتتاح ثم يستفتح ثم يكبر ثلاثا قبل الشروع في القراءة ثم اذا قام الى الثانية يقرأ فاذا فرغ منها يكبر ثلاثا ثم يكبر للركوع وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ أصحابنا وعند ابن عباس رضي الله عنهما يكبر خمسا بعد التكبيرة الاولى قبل القراءة ثم يكبر خمسا أخرى على رأس الركعة الثانية قبل القراءة فتصير الزوائد عنده عشرة وبالاصول ثنتي عشرة وفي رواية عنه ثلاث عشرة تكبيرة يعني مع الاصول والشافعي أخذ بقوله ولكن حمل ما روي عنه كله على الزوائد فصارت الجملة عنده مع الثلاثة الاصول خمس عشرة أو ست عشرة وعند مالك وأحمد في الاولى ست وفي الثانية خمس وظهر عمل العامة اليوم على قول ابن عباس لان بنيه الخلفاء كانوا يأمرون بذلك (ويرفع يديه في الزوائد) لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها تكبيرات العيد ويسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات لانها تقام بجمع عظيم وبالموالاة تشتبه على من كان نائيا (ويخطب) الامام (بعدها) أي بعد الصلاة (خطبتين) بجلسة بينهما (يعلم فيهما) أي في خطبة صلاة عيد الفطر (أحكام صدقة الفطر) هل هي سنة أم واجبة وكيف يخرج ومم يخرج ونحو ذلك ولو خطب قبلها يجوز ويكره لمخالفته السنة (ولم تقض) صلاة العيد (ان فاتت مع الامام) بأن صلاها الامام مع الجماعة ولم يصلها هو لا يقضيها في الوقت ولا بعده لانها شرعت بشرائط لا تتم بالمنفرد (وتؤخر) صلاة عيد الفطر (بعذر) بأن غم عليهم الهلال وشهدوا بالهلال عند الامام بعد الزوال أو قبله بحيث لا يمكن جمع الناس قبله أو صلاها في غيم فظهرت أنها وقعت بعد الزوال فبهذه الاعذار تؤخر (الى الغد) ولا تؤخر الى ما بعد الغد أشار اليه بقوله (فقط) وعند الشافعي أنه يؤخر الى

مابعد الغد أيضا (وهى) أى الاحكام المذكورة فى صلاة عيد الفطر من الشروط والمندوبات هى (أحكام الاضحى) أيضا (لكن هنا) أى فى عيد الاضحى (يؤخر الاكل عنها) أى عن الصلاة لورود الاثر بذلك هذا فى حق من يضحى ليأكل من أضحيته أولا أما فى حق غيره فلا بأس أن يأكل قبلها (ويكبر فى الطريق) أى فى طريق المصلى (جهرا) لما ذكرنا وانتصابه على الحالية أى جاهرا أو على أنه صفة مصدر محذوف (ويعلم) الناس أحكام (الاضحية وتكبير التشريق) هل هما واجبان أم سنتان وكيف يضحى وممّ يضحى ومتى يضحى وكيف يكبر ومتى يكبر ونحو ذلك وقوله (فى الخطبة) يتعلق بقوله ويعلم (وتؤخر) صلاة الاضحى (بعذر الى ثلاثة أيام) لانها أيام عيد وأضحية فتجوز الصلاة فيها ولا تؤخر بعد ذلك ثم العذر ههنا لنفى الكراهة حتى لو أخرها ثلاثة أيام من غير عذر جازت الصلاة وقد أساء وفى الفطر للجواز حتى لو أخرها الى الغد من غير عذر لا تجوز (والتعريف) وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة فى بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة (ليس بشئ) وعن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول أنه لا يكره لما روى عن ابن عباس أنه فعل ذلك بالبصرة وما يفعله أهل بيت المقدس وأهل الجامع الازهر بمصر يحمل على هذا والظاهر أنه مكروه لان الوقوف عرف عبادة مختصة بالمكان المعين فلا يكون عبادة فى غيره كسائر المناسك وفعل ابن عباس يحتمل أن يكون خرج لاجل الاستسقاء ونحوه لا للتشبه بأهل عرفة (ويسن) تكبير التشريق وقيل يجب وهو الاصح (بعد فجر) يوم (عرفة) هذا ابتداؤه عندنا وهو قول كبار الصحابة كعمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم وقال شبانهم كعبد الله ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم يبدأ بعد صلاة الظهر من أول أيام النحر وبه أخذ الشافعى ومالك وأما انتهاؤه فعند أبى حنيفة (الى ثمان) صلوات فيكون آخره صلاة العصر من يوم النحر وهو قول ابن مسعود وعندهما آخره صلاة العصر من آخر أيام التشريق وهى ثلاث وعشرون صلاة وهو قول علىّ رضى الله عنه وقال الشافعى آخره بعد صلاة الفجر من آخر أيام التشريق وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما وسن ذلك (مرة) واحدة فان زاد عليها يكون فضلا وقوله (الله أكبر الى آخره) بدل من الضمير المستتر فى قوله يسن أو فاعل لقوله يسن بتقدير القول لان الجملة لا تقع فاعلا فالتقدير يسن قول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وقال الشافعى يقول ثلاث مرات الله أكبر اذ المنصوص عليه ذلك فلا يزاد عليه وانما ماهو المأثور عن الخليل صلوات الله وسلامه عليه والباء فى قوله (بشرط) تتعلق بقوله يسن أى يسن التكبير بشرط (اقامة) فلا تجب على مسافر (ومصر) فلا تجب على أهل القرى (ومكتوبة) أى صلاة فرض فلا تجب على المتنفل (وجماعة) فلا تجب على المنفرد وانما وصف الجماعة بقوله (مستحبة) احترازا عن جماعة النساء فان المرأة لا يجب عليها التكبير وان صلت مع الجماعة لان جماعتهن مكروهة وهذا كله عند أبى حنيفة وقالا انه تبع للمكتوبة فيجب على كل من تجب عليه المكتوبة وبه قال الشافعى وله قول علىّ رضى الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا فى مصر جامع والمراد بالتشريق تكبير أيام التشريق وقد أسند الشيخ هذا الى النبى صلى الله عليه وسلم وليس بصحيح وانما هو كلام علىّ رضى الله عنه ولكنه يحمل على السماع (وبالاقتداء يجب) التكبير (على المرأة والمسافر) للتبعية غير أن المرأة لا ترفع صوتها

بخلاف

بخلاف المسافر لان الجهر فيه سنة وكذا يجب على المسبوق ولكن لا يكبر الا بعد ما قضى مافاته والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الكسوف)

الكسوف للشمس والخسوف للقمر وقد يستعمل الكسوف فيهما وقيل اذا ذهب بعضها فهو الكسوف واذا ذهب كلها فهو الخسوف (يصلى ركعتين كالنفل) أى كهيئة النفل لكل ركعة ركوع وسجدتان وقال الشافعى فى كل ركعة ركوعان لما روت عائشة وابن عباس رضى الله عنهم أنه عليه السلام صلى صلاة كسوف الشمس ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات ولنا ما روى قبيصة باسناد صحيح أنه عليه السلام صلى ركعتين فأطال فيهما القيام ثم انصرف وانجلت الحديث رواه أبو داود والاخذ بهذا أولى لموافقته الاصول ولا حجة له فيما رواه لانه قد ثبت مذهبهما بخلاف ذلك وقوله (امام الجمعة) بالرفع فاعل يصلى (بلا جهر) فى القراءة وقال أبو يوسف يجهر لانه عليه السلام جهر فى صلاة الكسوف وبه قال أحمد ولهما حديث ابن عباس وسمرة أنه عليه السلام لم يسمع منه حرف فى قراءته فى صلاة الكسوف وما رواه يمكن أن يكون تعليما أو اتفاقا (و) لا (خطبة) لانها لم تنقل وعن الشافعى يخطب كالجمعة (ثم يدعو) بعد الصلاة (حتى تنجلى) أى تنكشف (الشمس والا) أى وان لم يصل امام الجمعة بأن كان غائبا (صلوا) أى القوم حال كونهم (فرادى) أى منفردين ركعتين أو أربعا تفاديا عن الفتنة (كالخسوف) أى كخسوف القمر فانهم يصلون له فرادى لتعذر اجتماع الناس ليلا (والظلمة والريح) الشديدة (والفزع) أى الخوف وكالزلزلة والمطر الشديد ونحو ذلك وقد اطلق الشيخ الحكم فيهما والتفصيل فيه أن صلاة الكسوف سنة أو واجبة وصلاة الخسوف حسنة وكذا البقية والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستسقاء)

وهو طلب السقيا بضم السين وهو المطر (له) أى للاستسقاء (صلاة) للمنفردين (لا بجماعة) أشار بهذا الى أنها مشروعة فى حق المنفرد ولكن لم يتعرض لصفة تلك الصلاة ما هى وقد اختلف فيها فعبارة القدورى ليس فى الاستسقاء صلاة مسنونة بجماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وسأل أبو يوسف أبا حنيفة عنه فقال أما صلاة بجماعة فلا ولكن فيه دعاء واستغفار وان صلوا وحدانا فلا بأس به وهذا ينفى كونها سنة أو مستحبة ولكن ان صلوا وحدانا لا يكون بدعة ولا يكره فكأنه يرى اباحتها فقط فى حق المنفرد وذكر صاحب التحفة وغيره أنه لا صلاة فى الاستسقاء فى ظاهر الرواية وهذا ينفى مشروعيتها مطلقا وقال محمد يصلى الامام أو نائبه ركعتين بجماعة كما فى الجمعة وأبو يوسف معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى أخرى لمحمد ما روى عبد الله بن زياد أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يستسقى فجعل الى الناس ظهره يدعو الله واستقبل القبلة وحول رداءه وصلى ركعتين وجهر فيهما بالقراءة ولابى حنيفة ما رواه مسلم ان رجلا دخل المسجد يوم الجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب الناس فاستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال يا رسول الله هلكت الاموال وانقطعت السبل

فادع الله أن يغيثنا قال فرفع رسول الله عليه السلام يديه ثم قال اللهمّ أغثنا اللهمّ أغثنا اللهمّ أغثنا الحديث وتأويل ما رواه أنه فعله مرّة وتركه أخرى والسنة لا تثبت بمثله بل بالمواظبة ثم عند محمد يخطب بعد الصلاة كخطبة العيد وعند أبي يوسف يخطب خطبة واحدة ولا خطبة عند أبي حنيفة لانها تبع للجماعة (ودعاء) بالرفع عطف على قوله صلاة أى الاستسقاء دعاء أيضا (واستغفار) وهو طلب المغفرة (لا قلب رداء) للامام والقوم جميعا وقال مالك يقلب القوم أرديتهم وقال محمد يقلب الامام لما روى آنفا ولهما ما روينا ولانه دعاء فلا يسنّ فيه تغيير الثوب كسائر الادعية وما ذكر من قلبه عليه السلام رداءه كان تفاؤلا أو ليكون أثبت على عاتقه عند رفع يديه وصفته ان كان مربعا جعل أعلاه أسفله وان كان مدوّرا جعل الجانب الايمن على الايسر والايسر على الايمن (وحضور ذمى) بالرفع عطف على لا قلب رداء أى ولا فيه حضور ذمى وقال مالك ان حضروا لا يمنعون لانّ البلية عامّة ولنا قوله تعالى وما دعاء الكافرين الا فى ضلال والمراد من الحضور الدعاء (وانما يخرجون ثلاثة أيام) متتابعات مشاة فى ثياب خلقة غسيلة خاضعين متواضعين ناكسى رؤسهم ويقدّمون الصدقة فى كل يوم قبل الخروج ويجدّدون التوبة والاستغفار ويتراضون فيما بينهم ويستسقون بالضعفة والشيوخ والصبيان

هذا (باب) فى بيان أحكام (صلاة الخوف)

هى مشروعة فى زماننا خلافا لابى يوسف فانه لم يجوّزها بعد النبىّ صلى الله عليه وسلم (اذا اشتدّ الخوف من عدوّ) أى عدوّ كان (أو سبع) أو حية عظيمة ونحوهما (وقف الامام طائفة) وهم بعض الجماعة (بازاء العدوّ) للحفظ والدفع (وصلى بطائفة) أخرى (ركعة) ان كان مسافرا (و) صلى (ركعتين لو) كان (مقيما) فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى ان كان مسافرا أو من الركعة الثانية ان كان مقيما قامت هذه الطائفة التى وراءه (ومضت هذه) أى الطائفة التى صلى بهم (الى) جهة (العدوّ) ووقفوا بازائهم موضع الطائفة الاولى (وجاءت تلك) أى الطائفة الذين كانوا تجاه العدوّ (فصلى بهم ما بقى) من الصلاة وهو ركعة أخرى ان كان مسافرا أو ركعتان ان كان مقيما (وسلم) الامام لانه لم يبق عليه شئ ولا تسلم الطائفة التى وراءه بل قاموا (وذهبوا اليهم) أى الى العدوّ ووقفوا تجاههم (وجاءت) الطائفة (الاولى) التى صلت مع الامام اما ركعة أو ركعتين ان كانوا مسافرين أو ركعتين ان كانوا مقيمين (وأتموا) صلاتهم بأن يصلوا اما ركعة أو ركعتين على ما قلنا (بلا قراءة) لانهم لاحقون (وسلموا ومضوا) الى العدوّ (ثم) تجئ الطائفة (الاخرى وأتموا) صلاتهم (بقراءة) لانهم مسبوقون وقال مالك يصلى بالطائفة الاخرى وينتظر لتصلى الطائفة الاولى الركعة الثانية وتسلم وتذهب الى العدوّ وجاءت الطائفة الثانية فيصلى بهم الركعة الثانية ثم يسلم ويقومون لقضاء الركعة الاولى وبه قال الشافعى الا أنه يقول لا يسلم الامام حتى تقضى الطائفة الثانية الركعة الاولى ثم يسلم ويسلمون معه لحديث سهل أنه عليه السلام فعل كذلك فى غزوة ذات الرقاع ولنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام فعل كذلك والاخذ به أولى لموافقته الاصول (وصلى) الامام (فى) صلاة (المغرب بالاولى) أى بالطائفة الاولى (ركعتين وبا) لطائفة (الثانية ركعة) لانّ الواجب التنصيف وذا ركعة ونصف والركعة الواحدة لا تتجزأ فلا تتنصف فرجحنا

الاولى

الاولى لانه أسبق (ومن قاتل) من المصلين (بطلت صلاته) لان المشى والقتال عمل كثير وقال الشافعى ان احتاج اليه لا تبطل (وان اشتد الخوف) جدا ولم يمكنهم الصلاة مع الجماعة (صلوا) حال كونهم (ركبانا) وهو جمع راكب وحال كونهم (فرادى) أى منفردين وعن محمد انهم أن يصلوا ركبانا بجماعة ويصلون (بالايماء) مستقبلين القبلة وان عجزوا عن التوجه الى القبلة صلوا (الى أى جهة قدروا) للضرورة (ولم تجز) صلاة الخوف (بلا حضور عدو) لعدم الضرورة حتى لو رأوا سوادا فظنوا أنه عدو فصلوا صلاة الخوف ثم بان انه ليس بعدو أعادوها

هذا (باب) فى بيان أحكام (الجنائز)

وهو من اضافة الشئ الى سببه اذ الوجوب بحضور الجنازة وهى بالفتح الميت وبالكسر السرير الذى يحمل عليه الميت من جنزت الشئ أجنزه اذا سترته (ولى المحتضر) أى المشارف على الموت من احتضر اذا مات لان الوفاة أو ملائكة الموت حضرته نحو (القبلة على يمينه) لان ما قرب الى الشئ له حكمه وفى القبر يوجه على شقه الايمن وكذا اذا قرب اليه واختار المتأخرون الاستلقاء لانه أيسر لخروج الروح ثم اذا ألقى على قفاه يرفع رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة دون السماء وعلامة الاحتضار التواء القدمين وانعواج الانف وانخساف الصدغين وامتداد جلد الخصية وغور البيضة (ولقن) المحتضر (الشهادة) وهى أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله والمراد من قرب الى الموت وهو مجاز باعتبار ما يؤل اليه ومنهم من حمله على الحقيقة وجعل التلقين بعد الدفن وهو مذهب الشافعى أيضا واختلف أصحابنا فيه فقيل يلقن لظاهر الحديث وقيل لا يلقن وقيل لا يؤمر به ولا ينهى عنه ثم كيفية التلقين أن يذكر عنده كلمة التوحيد ولا يؤمر بها (فان مات) المحتضر (شد لحياه) بمنديل ونحوه واللحيان بفتح اللام تثنية لحى وهو منبت اللحية من الانسان وغيره (وغمض عيناه) لان فيه تحسينا ويوضع على بطنه حديد لئلا ينتفخ كذا روى عن الشعبى (و) اذا أرادوا غسله (وضع على سرير) وهو التخت الذى يغسله عليه فان لم يوجد فعلى لوح أو بجرم مرتفع ليمكن غسله وتقليبه (مجمر) بالجر صفة للسرير أى مبخر بعود ونحوه وذلك لازالة الرائحة الكريهة وهذا يدل على أن السرير يجمر قبل وضع الميت عليه وقيل يفعل هذا عند ارادة غسله اخفاء للرائحة الكريهة وقوله (وترا) صفة لمصدر محذوف تقديره تجميرا وترا وكيفيته أن يطاف بالمجمر حوالى السرير اما مرة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزاد عليها والايتار لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر (وتستر عورته) الغليظة ويترك فخذاه مكشوفين فى ظاهر الرواية وفى النوادر يستر من السرة الى الركبة وقيل هو الصحيح فلذلك أطلق الشيخ (وجرد) عن ثيابه وقال الشافعى يغسل فى قميصه لانه عليه السلام غسل فى قميصه ونحن اعتبرناه بحال الحياة وما رواه كان مخصوصا به (ووضئ) وضوأ شرعيا (بلا مضمضة واستنشاق) لتعذر اخراج الماء من فمه وأنفه وقال الشافعى يمضمض ويستنشق ولا يؤخر غسل رجليه بخلاف حال الحياة ويستنجى عندهما خلافا لابى يوسف واختلف فى مسح رأسه والصحيح أنه يمسح والصبى الذى لا يعقل الصلاة لا يوضأ (وصب عليه ماء مغلى) يعنى قد أغلى (بسدر أو حرض) بضم الحاء المهملة وسكون الراء وهو الاشنان لان ذلك أبلغ

للتنظيف (والا) أى وان لم يكن سدر أو أشنان (فالقراح) بفتح القاف أى فالماء الخالص
ولكنه يسخن لانه أبلغ فى التنظيف (وغسل رأسه ولحيته بالخطمى) بكسر الخاء وهو نبت
مشهور ولانه أبلغ فى استخراج الوسخ وان لم يكن فبالصابون ونحوه هذا اذا كان على رأسه شعر
(وأضجع على يساره فيغسل حتى يصل الماء الى مايلى التحت منه) أى التحت من الميت بالحاء
المهملة ويجوز بالخاء المعجمة فيكون المراد منه السرير (ثم) أضجع (على يمينه كذلك) أى يغسل
الى أن يصل الماء الى مايلى التحت منه (ثم أجلس) أى يجلسه الغاسل حال كون الميت (مسندا)
على صيغة المفعول (اليه) أى الى الغاسل (ومسح بطنه) مسحا (رفيقا) حتى لو بقى شئ يسيل
فلا تتلوث أكفانه (وما) أى الذى (خرج منه) أى من بطنه بالمسح (غسله) أى غسل موضعه
الغاسل (ولم يعد غسله) لانه عرف مرة بالنص ولا يعاد وضوءه أيضا خلافا للشافعى (ونشف)
بعد الفراغ من غسله (بثوب) كما فى حال الحياة (وجعل الحنوط على رأسه ولحيته) لورود الاثر
بذلك والحنوط بفتح الحاء عطر مركب من أنواع الطيب ولا بأس بسائر الطيب غير الورس
والزعفران فى حق الرجال دون النساء (و) يجعل (الكافور على مساجده) وهو جمع مسجد
بفتح الجيم موضع السجود وهى جبهته وأنفه وركبتاه وقدماه لانه كان يسجد بهذه الاعضاء
فتختص بزيادة الكرامة قيل فى تخصيص الكافور وأن الديدان تهرب من رائحته ولا بأس
أن يجعل القطن على وجهه وأن تحشى به مخارقه كالدبر والقبل والاذنين والفم (ولا يسرح
شعره ولحيته) لان ذلك زينة الاحياء خلافا للشافعى قال الشارح قوله ولحيته تكرار محض
فلا فائدة فيه لان قوله ولا يسرح شعره يتناول جميع شعر بدنه قلت لو لم يذكر لحيته ربما يظن
ظان أن لحيته تسرح لانه اذا قيل لا يسرح شعره لا يتبادر الذهن الى لحيته لكونها مخصوصة
باسم (ولا يقص ظفره وشعره) لان ذلك زينة الاحياء خلافا للشافعى (وكفنه) أى كفن الرجل
(سنة) أى من حيث السنة (ازار) وهو مايؤتزر به من الفرق الى القدم (وقميص) وهو من أصل
العنق بلا جيب ولا دخريص ولا كمين الى القدم (ولفافة) وهى مايلتف به وهى أيضا من الفرق
الى القدم وقال الشافعى يكفن فى ثلاث لفائف ليس فيها قميص لقول عائشة رضى الله عنها كفن
رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب بيض يمانية سحولية ليس فيها عمامة ولا قميص وبه
قال أحمد وعن مالك قميص وعمامة ولنا ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما كفن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب قميصه الذى مات فيه وحلة نجرانية والحلة ثوبان وبينهما
معارضة والحال أكشف للرجال لحضورهم دون النساء (وكفاية) بالنصب عطف على قوله سنة
أى ومن حيث الكفاية (ازار ولفافة) بلا قميص وقيل قميص ولفافة والاول أصح ولم يذكر
كفن الضرورة لانه لا يصار اليه الا عند العجز وهو الاقتصار على ماوجد (ولف) الكفن (من
يساره) أى من يسار الميت (ثم) من (يمينه) اعتبارا بحال الحياة وصفته أن تبسط اللفافة ثم
يبسط عليها الازار ثم يوضع الميت على الازار ثم يقمص ثم يعطف الازار عليه من قبل اليسار ثم من
قبل اليمين ثم اللفافة كذلك (وعقد) الكفن (ان خيف انتشاره) صونا عن الكشف (وكفنها)
أى كفن المرأة (سنة) أى من حيث السنة (درع) أى قميص (وازار وخمار) بالكسر وهو
مايخمر به الرأس أى يغطى (ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها) وعرضها مابين الثدى الى السرة

وقيل

وقيل ما بين الثدى الى الركبة (وكفاية) أى من حيث الكفاية (ازار ولفافة وخمار) ويكره الاقتصار على ثوبين وكذا للرجل على ثوب واحد الا للضرورة (وتلبس) المرأة (الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم) يوضع (الخمار فوقه) أى فوق الدرع (تحت اللفافة) اعتبارا بحال الحياة عند المصيبة وعند الشافعي يجعل شعرها ثلاث ضفائر ويلقى خلف ظهرها (وتجمر الاكفان أولا) أى قبل أن يدرج الميت فيها تجميرا (وترا) واحدة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزاد على ذلك وجميع ما يجمر به الميت ثلاثة مواضع عند خروج روحه وعند غسله وعند تكفينه ولا يجمر خلفه لقوله عليه السلام لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار وكذا يكره فى القبر

* هذا (فصل) فى بيان أحكام الصلاة على الميت (السلطان أحق بصلاته) أى بالصلاة على الميت نص عليه أبو حنيفة بقوله الخليفة أولى ان حضر فان لم يحضر فامام المصر وهو سلطانها وبعده القاضى وبعده صاحب الشرط وبعده خليفة الوالى وبعده خليفة القاضى وبعد هؤلاء امام الحى فان لم يحضروا فالاقرب من ذوى قرابته أولى وذكر فى الاصل أن امام الحى أولى وقال أبو يوسف ولى الميت أولى بها وفى جوامع الفقه امام المسجد الجامع أولى من امام الحى وقال الشافعى الولى مقدم على الوالى (وهى) أى الصلاة على الجنازة (فرض كفاية) فاذا قام بها البعض سقط عن الباقين (وشرطها) أى شرط الصلاة عليه (اسلام الميت) لقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا يعنى المنافقين وهم الكفرة (و) شرطها (طهارته) أى طهارة الميت لان له حكم الامام ولهذا يشترط وضعه أمام القوم حتى لا تجوز الصلاة عليه لو وضعوه خلفهم (ثم القاضى) أحق (ان حضر ثم امام الحى) وهو امام مسجد حارته (ثم الولى) على ترتيب العصبات والانكاح لكن اذا اجتمع أبو الميت وابنه كان الاب أولى وقيل هذا قول محمد وعندهما الابن أولى بناء على اختلافهم فى ولاية الانكاح والمكاتب أولى بالصلاة على عبيده وأولاده ولو مات العبد وله ولى حر فالمولى أولى على الاصح وكذلك المكاتب اذا مات ولم يترك وفاء ولو ترك وفاء فأديت الكتابة كان الولى أولى وكذا اذا كان المال حاضرا يؤمن عليه التوى وان لم يكن للميت ولى فالزوج أولى ثم الجيران أولى من الاجنبى (وله) أى للولى (أن يأذن لغيره) بالصلاة عليه لان التقدم حقه فله ابطاله بتقديم غيره (فان صلى) عليه (غير الولى و) غير (السلطان أعاد الولى) ان شاء لان الحق لهما (ولم يصل غيره) أى غير الولى (بعده) أى بعد الولى وكذا بعد امام الحى وبعد كل من يتقدم على الولى وقال الشافعى يجوز لمن لم يصل أن يصلى بعده (وان دفن الميت) (بلا صلاة) عليه (صلى على قبره ما لم يتفسخ) اقامة للواجب بقدر الامكان والمعتبر فى ذلك أكبر الرأى على الصحيح لانه يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وقال أبو يوسف يصلى الى ثلاثة أيام (وهى) أى صلاة الجنازة (أربع تكبيرات بثناء) أى يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ (بعد) التكبيرة (الاولى وصلاة على النبى عليه السلام بعد) التكبيرة (الثانية ودعاء) للميت بالادعية التى وردت فى الاحاديث (بعد التكبيرة الثالثة وتسليمتين) تسليمة عن يمينه وأخرى عن شماله (بعد) التكبيرة (الرابعة) ينوى بها الامام والجماعة والميت ولم يذكر الشيخ ما يقال بعد الرابعة قبل التسليم لان ظاهر المذهب أن لا يقال شئ وقيل يقول ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا

برحمتك عذاب النار وعند الشافعي وأحمد لابد من قراءة الفاتحة فيها ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى في ظاهر الرواية وكثير من مشايخ بلخ اختاروا الرفع في كل تكبيرة وبه قال الشافعي (فلو كبر) الامام (خمسا) أي خمس تكبيرات (لم يتبع) على صيغة المجهول أي لم يتبعه المقتدى في ذلك لانه منسوخ وقال زفر يتبعه لانه مجتهد فيه ثم عن أبي حنيفة يسلم حين اشتغل امامه بالخطا وعنه ينتظر سلامه فيسلم معه وهو الاصح (ولا يستغفر لصبي) لانه لا ذنب له وكذا المجنون لانه مثله (ويقول) الامام وكذا من معه (اللهم اجعله لنا فرطا) بفتحتين أي أجرا متقدما والفرط والفارط والفرط بالسكون المتقدم في طلب الماء (واجعله لنا أجرا وذخرا) بضم الذال المعجمة من ذخرت الشئ أذخره بفتح الخاء (واجعله لنا شافعا) وهو الذي يشفع لغيره (مشفعا) وهو الذي يجعل شفيعا (وينتظر المسبوق) بتكبيرة أو تكبيرتين تكبير الامام (ليكبر معه) أي مع الامام فاذا سلم قضى ما عليه قبل أن ترفع الجنازة عندهما وقال أبو يوسف والشافعي يكبر حين يحضر اعتبارا لسائر الصلوات ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته قبل تسليم الامام (لا) ينتظر (من كان حاضرا في حالة) أي في وقت (التحريمة) بل يكبر ولا ينتظر تكبيرة الامام (ويقوم) الامام (للرجل والمرأة بحذاء الصدر) لانه محل الايمان والمعرفة وعن أبي حنيفة يقوم له بحذاء رأسه ولها بحذاء وسطها وعند الشافعي له بحذاء رأسه ولها بحذاء عجيزتها وعند مالك له بحذاء وسطه ولها بحذاء منكبها وعند أحمد له بحذاء الصدر ولها عند وسطها (ولم يصلوا) حال كونهم (ركبانا) أي راكبين مع القدرة على النزول والقياس أن تجوز لانه دعاء وجه الاستحسان أنها صلاة من وجه فلا تجوز الا قياما وكذا لا تجوز قعودا مع القدرة على القيام ولا تجوز أيضا اذا كان الميت على الدابة أو على أيدى الناس على المختار (ولا) يصلون أيضا (في مسجد جماعة) وهو مكروه كراهة تحريم في رواية وكراهة تنزيه في أخرى وأما المسجد الذي بني له فلا يكره فيه وجه الكراهة قوله عليه السلام من صلى على ميت في المسجد فلا شئ له رواه أبو داود وعند الشافعي وأحمد لا بأس بها في المسجد وتأويل حديث سهيل بن البيضاء أنه عليه السلام صلى عليه في المسجد لعذر الاعتكاف وقيل للمطر (ومن استهل) أي رفع صوته بالبكاء عند الولادة أو تحرك عضو منه سمى وغسل و(صلى عليه) ويرث ويورث والمعتبر في ذلك خروج الاكثر حيا حتى لو خرج أكثره وهو يتحرك صلى عليه وان خرج الاقل لا (والا) أي وان لم يستهل (لا) يصلى عليه بل يدرج في خرقة تكريما لبني آدم ولا يغسل في رواية ولا يسمى وذكر الطحاوى عن أبي يوسف أنه يغسل ويسمى (كصبي سبي) أي كما لا يصلى على صبي سبي من دار الحرب (مع أحد أبويه) اما بأبيه أو أمه فمات لانه تبع له (الا أن يسلم أحدهما) أي احد أبويه (أو) يسلم (هو) أي الصبي (أو لم يسب أحدهما) أي أحد الابوين (معه) أي مع الصبي ففي هذه الصور يصلى عليه تبعا للاسلام أحد أبويه أو تبعا للدار واختلف في اللقيط فقيل يعتبر المكان وقيل الواجد وقال الشيخ رحمه الله أولاد المسلمين اذا ماتوا في صغرهم كانوا في الجنة والتوقف المروى عن أبي حنيفة مردود على الراوى وأما أولاد الكفار اذا ماتوا قبل أن يعقلوا فقال محمد لا يعذب الله أحدا بلا ذنب وقيل هم في الجنة خدم المسلمين وعن أبي حنيفة أنه توقف فيهم (ويغسل ولى مسلم) غسل الثوب النجس

بلا رعاية سنة من جميع الوجوه (ويدفنه) فى حفيرة من غير لحد ولا توسعة ولا مراعاة سنة ولا يصلى عليه بذلك أمر عليه الصلاة والسلام عليا لما مات أبوه أبو طالب (ويؤخذ سريره) أى سرير الميت وهو الجنازة (بقوائمه الاربع) وقت الحمل لقول ابن مسعود رضى الله عنه اذا تبع أحدكم جنازة فليأخذ بقوائم السرير الاربعة وعند الشافعى يتقدم رجل فيضع العمود على عاتقه والخشبة المعترضة بينهما على كتفه ويحمل مؤخر النعش رجلان أحدهما من الجانب الايمن والآخر من الجانب الايسر فتكون الجنازة محمولة على ثلاثة وعنده صورة أخرى وهى ان يعين المقدم رجلان ان لم يستقل المقدم خارج العمودين يضع كل واحد منهما على عاتقه فتكون محمولة على خمسة وعنه كقولنا (ويعجل به) أى يسرع بالميت وقت المشى بحيث لا يضطرب على الجنازة (بلا خبب) وهو العدو والسريع (و) بلا (جلوس قبل وضعه) أى قبل وضع الميت عن أعناق الرجال لامكان الاحتياج الى الاعانة وقال الشافعى لا بأس به (و) بلا (مشى قدامها) أى قدام الجنازة أراد ان الافضل المشى خلف الجنازة لانها متبوعة وقال الشافعى المشى قدامها أفضل ثم أشار الى كيفية الحمل على مذهبنا بقوله (وضع مقدمها) أى مقدم الجنازة (على يمينك ثم) ضع (مؤخرها) على يمينك (ثم) ضع (مقدمها على يسارك ثم) ضع (مؤخرها) على يسارك وههنا أربع أمور كل أمر لواحد فتكون الجنازة محمولة على أربع بهذه الكيفية وذلك لانه عليه الصلاة والسلام كان يحب التيامن فى كل شئ وهذا فى حال التناوب عند كثرة الحاملين وينبغى أن يحمل من كل جانب عشر خطوات وفى الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت له أربعين كبيرة (ويحفر القبر) قدر نصف القامة وقيل الى الصدر وان زادوا فحسن (ويلحد) القبر لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا واللحد أن يحفر فى جانب القبلة من القبر حفيرة فيوضع فيها الميت والشق أن يحفر حفرة فى وسط القبر فيوضع فيها الميت وان كانت الارض رخوة فلا بأس بالشق واتخاذ التابوت من حجر أو حديد ويفرش فيه التراب (ويدخل) الميت (من قبل القبلة) وعند الشافعى يسل وهو أن توضع الجنازة على رأس القبر بحيث يكون رأس الميت عند مؤخر القبلة فيسله الواقف الى القبر من جهة رأسه لانه عليه السلام سل سلا ولنا حديث ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام أخذ الميت من قبل القبلة وانما سل عليه السلام للضرورة لاجل الحائط (ويقول واضعه) أى واضع الميت فى القبر (بسم الله وعلى ملة رسول الله) أى بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك هكذا روى الطبرانى عن ابن عمر رضى الله عنهما (ويوجه) الميت فى قبره (الى القبلة) لامره عليه الصلاة والسلام بذلك (وتحل العقدة) التى فى الكفن للامن من الانتشار (ويسوى اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الآجر النئ (عليه) أى على الميت (والقصب) أى ويسوى القصب لانه روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره طن من قصب (لا) يسوى عليه (الآجر) وهو القرمد (و) لا (الخشب) لانهما للاحكام والقبر للبلى وقيل لا بأس بهما عند رخوة الاراضى وما عللوا كراهة الآجر بأن فيه أثر النار فليس بشئ لانه يكفن فى ثوب قصره القصار وبه أثر النار وكذا يغلى الماء بالسدر والحرض (ويسجى) أى يغطى (قبرها) أى قبر المرأة بثوب الى أن يجعل اللبن على اللحد لان مبنى حالها على الستر كما فى الحياة (لا) يسجى (قبره) أى قبر الرجل لان عليا رضى الله

عنه منع ذلك الا المطر أو ثلج أو حر على الداخلين فى القبر (ويهال) أى يصب عليه (التراب) ستراله ويكره ان يزاد على التراب الذى خرج من قبره (ويسنم) القبر قدر شبر وقيل قدر أربع أصابع (ولا يربع) خلافا للشافعى ولنا ما رواه البخارى عن سفيان انه رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم مسنما (ولا يجصص) يعنى لا يطين بالجص ولا يبنى عليه به لانه للاحكام والزينة ولا بأس برش الماء عليه ووضع الحجر للعلامة وتكره الكتابة وقيل لا بأس بها (ولا يخرج) الميت (من القبر) بعد دفنه (الا أن تكون الارض مغصوبة) فحينئذ يخرج لحق صاحبها ان شاء وان شاء ساوامع الارض وانتفع به زراعة وغيرها ولو بقى فيه متاع انسان قيل لم ينبش بل يحفر من جهة المتاع ويخرج وقيل لا بأس بنبشه واخراجه ولو وضع لغير القبلة أو على شقه الايسر أو مقلوبا فان لم يهل عليه التراب ينبش ويراعى السنة ولو بلى الميت وصار ترابا جاز دفن غيره وزرعه والبناء عليه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهيد)

وهو فعيل بمعنى مفعول سمى به لانه مشهود له بالجنة بالنص أو لان الملائكة يشهدون موته اكراما له أو لانه حى عند الله حاضر وفى الشرع (هو) أى الشهيد (من قتله أهل الحرب و) أهل (البغى وقطاع الطريق) سواء كان القتل مباشرة أو تسبيبا حتى لو أوطؤا دابتهم أو رموا بنار فأحرقوا سفنهم أو نفروا دابته بضرب أو زجر فقتلته أو طعنوه برمح ونحوه فألقوه فى ماء أو نارا أو رموه من سور او بناء مرتفع أو أسقطوا عليه حائطا أو رموا فينا نارا أو هبت بها ريح الينا أو جعلوها فى طرف خشبة رأسها عندنا أو أرسلوا علينا نارا أو ماء فاحترق أو غرق مسلم ففى كل ذلك المقتول شهيد (أو وجد فى معركة) وهى موضع القتال من العرك وهو الدلك (و) الحال ان يكون (به أثر) يكون علامة على القتل كالجرح وسيلان الدم من عينه أو أذنه وان لم يكن به أثر او كان الدم يسيل من أنفه أو ذكره أو دبره لا يكون شهيدا (أو قتله مسلم) قتلا (ظلما) بغير حق (و) الحال أنه (لم تجب به) أى بقتله (دية) أى بنفس القتل حتى لو وجبت بالصلح أو بقتل الاب ابنه لا تسقط الشهادة لان الواجب هو القصاص ولكنه سقط بالصلح أو الشبهة وعند الشافعى لا يكون شهيدا الا قتيل المعركة غازيا واذا كان الامر كما ذكر (فيكفن ويصلى عليه بلا غسل) لقوله عليه الصلاة والسلام فى شهداء أحد زملوهم بكلومهم ودمائهم الحديث وقال الشافعى لا يصلى عليه أيضا لانه تطهر من دنس الذنوب ولنا أنه صح أنه عليه السلام صلى على شهداء أحد والعبد وان تطهر من الذنوب فلا يستغنى عن الدعاء (ويدفن بدمه) فلا يغسل لما روينا (وثيابه الا ما ليس من) جنس (الكفن) كالفرو والحشو والسلاح المعلق عليه والقلنسوة والخف (ويزاد) حتى يتم الكفن ان لم يكن عليه ما لم يبلغ الكفن (وينقص) ان كان عليه أكثر من الكفن مراعاة للسنة فى الوجهين (ويغسل) الشهيد (ان قتل) حال كونه (جنبا أو) حال كونه (صبيا) أو مجنونا أو حال كونها حائضا وقال أبو يوسف ومحمد لا يغسل فى الجميع لعموم ما روينا ولابى حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة لا رافعة فلا ترفع الجنابة والحيض والنفاس والصبى والمجنون ليسا فى معنى شهداء أحد (أو ارتث) الشهيد وفسر الارتثاث بقوله (بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى) بدواء (أو مضى) عليه (وقت صلاة وهو) أى والحال انه (يعقل) مع القدرة على اداء الصلاة حتى يجب

عليه

عليه القضاء بتركها وهذه رواية عن أبي يوسف وقيل ان بقي يوما وليلة غسل والا فلا (او نقل من المعركة) الى موضع آخر (أو أوصى) بأمر دنيوي وعند محمد لا يكون مرتثا بالوصية مطلقا ولو أوصى بأمر أخروي لا يغسل اتفاقا (أو قتل في المصر و) الحال انه (لم يعلم انه) أي المقتول (قتل بحديد) قتلا (ظلما) لانه يجب به القسامة والدية تخفف الظلم بسبب العوض ولو علم أنه قتل بحديد ظلما أو عرف قاتله فانه لا يغسل خلافا للشافعي (أو قتل بحد) بأن كان محصنا فزنى فرجم ومات (أو) قتل لاجل (قود) أي قصاص بأن قتل شخصا فقتل مكانه لانه لم يقتل ظلما فلا يكون شهيدا (لا) يغسل من قتل (لبغي) أي لاجل بغي وخروج عن الطاعة (و) لاجل (قطع طريق) ولا يصلى عليهما أيضا اهانة لهما وقيل يغسلان ولا يصلى عليهما وقال الشافعي يغسلان ويصلى عليهما لانه مسلم قتل بحق فصار كالمرجوم ولنا ان عليا رضي عنه لم يغسل الخوارج ولم يصل عليهم فقيل أهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا أشار بهذا الى أن ترك الغسل والصلاة عقوبة لهم ليكون زجرا لغيرهم وقال بعض أصحابنا هذا اذا قتلا في حال المحاربة قبل أن تضع الحرب أوزارها وأما اذا قتلا بعد ثبوت يد الامام عليهما فانهما يغسلان ويصلى عليهما وهذا تفصيل حسن أخذ به الكبار من المشايخ والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الصلاة في الكعبة)

(صح) اقامة (فرض) أداء وقضاء (و) اقامة (نفل) أي نفل كان (فيها) أي في الكعبة أي في جوفها (وفوقها) أي وصح فوقها أيضا أي على سطح الكعبة وقال الشافعي لا تصح الصلاة فيها مطلقا ولا فوقها الا بسترة بين يديه وقال مالك لا يجوز فيها الا النفل فقط لان بابه أوسع وذلك لانه مستدبر من وجه فلا يجوز ولنا حديث بلال رضي عنه أنه عليه الصلاة والسلام دخل البيت وصلى فيه ولان شرط الجواز استقبال جزء من الكعبة وقد وجد والاستدبار المفسد الذي يتضمن ترك الاستقبال أصلا (ومن جعل) من المقتدين (ظهره الى ظهر امامه فيها) أي في الكعبة اذا صلوا بجماعة (صح) لانه موجه الى القبلة ولم يعتقد امامه مخطئا (و) لو جعل ظهره (الى وجهه لا) يصح لانه تقدم على امامه (وان تحلقوا حولها) أي حول الكعبة بأن صلى الامام في المسجد الحرام فحلق الناس حولها واقتدوا به (صح) الاقتداء (لمن) أي للذي (هو أقرب اليها) أي الى الكعبة (من امامه ان لم يكن) هو (في جانبه) أي في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب وعند الاختلاف لا والله أعلم ولما كانت الزكاة ثالثة الايمان وثانية الصلاة في الكتاب والسنة ذكرها عقيب الصلاة بقوله

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الزكاة)

وهي فعلة من زكى الزرع اذا نما وزاد وسميت بها لانها سبب نماء المال بالخلف في الدنيا والثواب في العقبى وتعبر عن الطهارة أيضا قال الله تعالى وحنانا من لدنا وزكاة أي طهارة سميت بها لانها تطهر المزكي عن الذنوب وشرعا (هي) أي الزكاة (تمليك المال) ولو قال تمليك جزء من المال لكان أحسن وكان الواجب أيضا أن يقول تمليك المال على وجه لا بد منه حتى لا ترد الكفارة اذا ملكت لان التمليك بالوصف المذكور موجود فيها حتى انها تؤدى بالاباحة بخلاف الزكاة (من فقير) احترز به عن الغني (مسلم) احترز به عن الكافر (غير هاشمي) وهو من يكون منسوبا

الى بنى هاشم وهم آل على وآل عباس وآل عقيل وآل جعفر وآل حارث بن عبد المطلب (ولا مولاه) أى مولى هاشمى فان دفع الزكاة اليهم لاتجوز على مايجىء ان شاء الله تعالى واحترز بقوله (بشرط قطع المنفعة عن المملك) بكسر اللام وهو الدافع (من كل وجه) عن الدفع الى فروعه وان سفلوا والى اصوله وان علوا والى مكاتبه ومن دفع أحد الزوجين الى الآخر فان المنفعة لاتنقطع عن الدافع فى هذه الصور بالكلية واللام فى (لله تعالى) تتعلق بقوله تمليك المال أراد أن يكون على وجه النية مع الاخلاص لله تعالى (وشرط وجوبها) أى وجوب الزكاة وأراد بها الفريضة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وهو الكتاب والسنة وهو خمسة الاول (العقل) فلا تجب على المجنون وقال الشافعى تجب عليه فيخرج عنه وليه (و) الثانى (البلوغ) فلا تجب على الصبى وقال الشافعى تجب فيخرج عنه وليه أو وصيه لانه حق مالى فيجب فى مالهما كنفقة الزوجات والعشر والخراج ولنا قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة الحديث وهما ليسا بمخاطبين بالعبادة فلا تجب عليهما والنفقة ونحوها حقوق العباد ولهذا تتأدى بدون النية وكذا العشر ولهذا يجب على المكاتب وفى أرض الوقف (و) الثالث (الاسلام) فلا تجب على الكافر لانه شرط صحة العبادات كلها (و) الرابع (الحرية) فلا تجب على الرقيق لعدم تحقق التمليك (و) الخامس (ملك نصاب) فلا تجب فى أقل منه لان الشرع قدر السبب به ثم النصاب انما يجب فيه الزكاة اذا تحقق فيه أوصاف أربعة أشار الى الاول بقوله (حولى) لقوله عليه السلام لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول والى الثانى بقوله (فارغ عن الدين) الذى له مطالب من جهة العباد حتى لايمنع دين النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابى يوسف فى الثانى وقال الشافعى فى الجديد الدين لايمنع وجوب الزكاة ولنا أن المديون ليس بغنى والزكاة لاتجب الا على الغنى وهو قول عثمان وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وكفى بهم قدوة والى الثالث بقوله (و) فارغ (عن حاجته الاصلية) كدور السكنى وثياب البذلة وأثاث المنازل وآلات المحترفين وكتب الفقه لاهلها لان المشغول بالحاجة الاصلية كالمعدوم والى الرابع بقوله (نام) حقيقة بالتوالد والتناسل وبالتجارات أو تقديرا أشار اليه بقوله (ولو) كان النماء (تقديرا) بأن يتمكن من الاستنماء بكون المال فى يده أو يد نائبه لان السبب هو المال النامى فلا بد منه تحقيقا أو تقديرا فان لم يتمكن من الاستنماء فلا زكاة عليه كمال الضمار كالآبق والمفقود والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط فى البحر والمدفون فى المفازة اذا نسى مكانه والذى أخذه السلطان مصادرة والوديعة اذا نسى المودع وليس هو من معارفه والدين المجحود اذا لم يكن له بينة ثم صارت له بعد سنين بأن أقر عند الناس وفى المدفون فى كرم أو أرض اختلاف المشايخ وقال زفر والشافعى تجب الزكاة فى جميع ذلك ولو كانت له بينة فى الدين المجحود يجب لما مضى خلافا لمحمد ولو كان الدين على مقر يجب وقال الحسن بن زياد لايجب اذا كان فقيرا وقال محمد لايجب اذا كان مفلسا (وشرط ادائها) أى اداء الزكاة (نية مقارنة للاداء) أى لاداء الزكاة الى الفقير كما فى الصلاة الا أن الدفع يتفرق ظاهرا فاكتفى بوجودها عند العزل وهى معنى قوله (أو) نية مقارنة (لعزل ماوجب) من الزكاة فاذا اعزل عن ماله ما عليه من الزكاة ينوى ثم يدفعه الى الفقراء وان لم ينو

تيسيرا

تيسيرا له (أو تصدق بكله) أى بكل النصاب أو بجميع ماله فقد سقطت عنه الزكاة لان الجزء الواجب دخل فيه ولو تصدق ببعضه سقطت زكاة المؤدى عند محمد وعند أبى يوسف لا يسقط لان الباقى محل الواجب ولو كان له دين على فقير فأبرأه عنه سقط زكاته عنه نوى به الزكاة أولا ولو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك البعض وزكاة الباقى لا تسقط ولو نوى به الاداء عن الباقى ولو كان الدين على غنى فوهبه منه بعد الوجوب قيل يضمن قدر الواجب وقيل لا ولو وهب دينه من فقير ونوى عن زكاة دين آخر على رجل آخر أو نوى زكاة عين له لا يصح والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (صدقة السوائم) *

أطلق الصدقة على الزكاة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين أى الزكوات سميت بها لدلالتها على صدق العبد فى العبودية والسائمة من سامت الماشية سوما أى رعت وأسامها صاحبها والمراد التى تسام للدر والنسل فان أسامها للحمل والركوب فلا زكاة فيها وان أسامها للبيع والتجارة ففيها زكاة التجارة لا زكاة السائمة (هى) أى السائمة (التى تكتفى بالرعى فى أكثر السنة) حتى لو علفها نصف الحول لا تكون سائمة حتى لا يجب فيها الزكاة وقال الشافعى فى وجه يشترط الرعى فى جميع الحول (ويجب) أراد به الفرض (فى خمس وعشرين ابلا) سائمة (بنت مخاض) وهى التى طعنت فى الثانية سميت بها لان أمها صارت ذات مخاض بأخرى (و) يجب (فيما دونه) أى فيما دون المذكور وهو خمس وعشرون ابلا (فى كل خمس شاة) ففى العشرين أربع شياه وفى خمسة عشر ثلاث شياه وفى عشرة شاتان وفى خمس شاة (و) يجب (فى ست وثلاثين) من الابل (بنت لبون) وهى التى طعنت فى الثالثة سميت بها لان أمها تلد أخرى وتكون ذات لبن (و) يجب (فى ست وأربعين حقة) وهى التى طعنت فى الرابعة وحق لها أن تركب وتحمل (و) يجب (فى احدى وستين جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة سميت بها لمعنى فى اسنانها يعرفه أرباب الابل وهى أكبر سن يؤخذ فى الزكاة (و) يجب (فى ست وسبعين بنتا لبون و) يجب (فى احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين) على هذا اتفقت الآثار واشتهرت كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم واجتمعت الامة وماروى عن على رضى الله عنه أنه يجب فى خمس وعشرين خمس شياه وفى ست وعشرين بنت مخاض فشاذ لا يكاد يصح عنه حتى قال الثورى هذا غلط وقع من رجال على على بن أبى طالب رضى الله عنه فانه أفقه من أن يقول ذلك (ثم) يجب (فى كل خمس) تزيد على مائة وعشرين (شاة) ففى مائة وخمس وعشرين حقتان وشاة وفى مائة وثلاثين حقتان وشاتان وفى مائة وخمس وثلاثين حقتان وثلاث شياه وفى مائة وأربعين حقتان وأربع شياه (الى مائة وخمس وأربعين ففيها) يجب (حقتان وبنت مخاض وفى مائة وخمسين) يجب (ثلاث حقاق ثم) يجب (فى كل خمس) تزيد على مائة وخمسين (شاة) ففى مائة وخمس وخمسين ثلاث حقاق وشاة وفى مائة وستين ثلاث حقاق وشاتان وفى مائة وخمس وستين ثلاث حقاق وثلاث شياه وفى مائة وسبعين ثلاث حقاق وأربع شياه (وفى مائة وخمس وسبعين) يجب (ثلاث حقاق وبنت مخاض وفى مائة وست وثمانين) يجب (ثلاث حقاق وبنت لبون وفى مائة وست وتسعين) يجب (أربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف) الفريضة (أبدا) الى

أن تنتهى الى أى عدد وقع من الاعداد الكثيرة (كما) استؤنف (بعد مائة وخمسين) مثلا اذا كانت مائتان وخمس ففيها أربع حقاق وشاة واذا كانت مائتان وعشرة فأربع حقاق وشاتان واذا كانت مائتان وخمس عشرة ففيها أربع حقاق وثلاث شياه واذا كانت مائتان وعشرون ففيها أربع حقاق وأربع شياه واذا كانت مائتان وخمسة وعشرون ففيها أربع حقاق وبنت مخاض وعلى هذا الى آخره وقال الشافعى ان زاد على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون واذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدور الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة وبه قال أحمد وعن مالك لو زادت واحدة على مائة وعشرين فالخيرة للساعى بين حقتين وثلاث بنات لبون (والبخت) جمع بختى منسوب الى بختنصر لانه أول من جمع بين العربى والعجمى (كالعراب) جمع عربى فى البهائم وجمع عرب فى الاناسى والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والاعراب أهل البادية واختلف فى نسبتهم والاصح أنهم نسبوا الى عربة بفتحتين وهى التهامة وذلك لان اسم الابل يتناولهما (و) يجب (فى ثلاثين بقرا تبيع) وفسره بقوله (ذو سنة أو) يجب (تبيعة) يعنى الذكر والانثى سواء سمى به لانه يتبع أمه (و) يجب (فى أربعين مسن) وفسره بقوله (ذو سنتين) أى الذى كمل سنتين وطعن فى الثالثة (أو) يجب (مسنة) وهى الانثى (و) يجب (فيما زاد) على الاربعين (بحسابه الى ستين) ففى الواحدة ربع عشر مسنة وفى الثنتين نصف عشر مسنة وفى الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة وهذا عند أبى حنيفة فى رواية الاصل وروى الحسن عنه أنه لا يجب فى الزيادة شئ حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وروى عنه لا شئ فى الزيادة حتى تبلغ ستين وهى قولهما وقول الشافعى لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ من أوقاص البقر شيأ وفسر بما بين أربعين الى ستين (ففيها) أى ففى الستين يجب (تبيعان) أو تبيعتان بالاجماع (وفى سبعين) يجب (مسنة وتبيع وفى ثمانين) يجب (مسنتان فالفرض يتغير بكل عشر من تبيع الى مسنة) ففى تسعين ثلاث أتبعة وفى مائة تبيعان ومسنة وفى مائة وعشرة مسنتان وتبيع وفى مائة وعشرين أربع أتبعة وفى مائة وثلاثين مسنة وثلاثة أتبعة وفى مائة وأربعين مسنتان وتبيعان وفى مائة وخمسين خمس أتبعة وعلى هذا الى أى عدد ينتهى (والجاموس) معرب كاوميش (كالبقر) فى كمية النصاب ووجوب الزكاة لان البقر يتناولهما وعدم الحنث بأكل لحمه فى لا يأكل لحم بقر لاجل العرف (و) يجب (فى أربعين شاة شاة) فالشاة الاولى نصب على التميز والثانية رفع على انه فاعل فعل محذوف كما قدرنا (و) يجب (فى مائة واحدى وعشرين شاتان و) يجب (فى مائتين وواحدة ثلاث) شياه (و) يجب (فى أربعمائة أربع) شياه (ثم) يجب (فى كل مائة شاة) بهذا اشتهر كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتب أبى بكر رضى الله عنه وعليه انعقد الاجماع (والمعز) جمع ماعز كتجر جمع تاجر (كالضأن) فى الزكاة واكمال نصاب أحدهما بالآخر وكذا المتولد من ظبى ونعجة خلافا للشافعى (ويؤخذ الثنى) وهو ما تمت له سنة وطعن فى الثانية (فى زكاتها) أى فى زكاة الغنم (لا) يؤخذ (الجذع) وهو ما أتى عليه أكثرها وهذا تفسير الفقهاء وعند أهل اللغة الجذع ما تمت له سنة وطعن فى الثانية والثنى ما تمت له سنتان وطعن فى الثالثة وعن أبى حنيفة أنه يجزئه الجذع من الضأن وهو قولهما والشافعى (ولا شئ فى الخيل) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على

المسلم فى عبده ولا فى فرسه صدقة متفق عليه وهذا قولهما وعليه الفتوى وعند أبى حنيفة وزفر اذا كانت سائمة واختلط ذكورها واناثها فصاحبها يعطى عن كل فرس دينارا او يقومها ويعطى ربع عشر قيمتها وفى الذكور الخلص والاناث الخلص روايتان قلت احتج أبو حنيفة بما رواه مسلم عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من صاحب كنز الحديث وفيه ذكر الخيل بقوله هى لثلاثة ثم قال ولا ينسى حق ظهورها وبطونها فى عسرها ويسرها فهذا دليل على أن فيها حقا كحقه فى سائر الاموال الزكوية وأخرج الطحاوى باسناد صحيح عن أنس ان عمر رضى الله عنه كان يأخذ من الفرس عشرة ومن البرذون خمسة وأخرجه الدارقطنى أيضا (و) فى (البغال والحمير) لعدم التناسل حقيقة أو قصدا (و) فى (الفصلان) جمع فصيل (والحملان) جمع حمل بفتحتين (والعجاجيل) جمع عجول كأبابيل جمع ابول وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وكان أبو حنيفة يقول أولا يجب فيها ما يجب فى المسان وبه أخذ زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وبه أخذ أبو يوسف والشافعى وأحمد صورة المسئلة اذا كان له نصاب من المواشى فولدت أولادا قبل أن يحول عليها الحول فهلكت الامهات وبقيت الاولاد فتم عليها الحول فهل يجب فيها الزكاة أولا فعند أبى يوسف يجب خلافا لهما وعند زفر يجب فيها ما يجب فى الكبار صورة أخرى اشترى أربعين حملا أو ثلاثين عجولا أو خمسة وعشرين فصيلا فعندهما لا ينعقد عليها الحول وعند أبى يوسف ينعقد حتى لو حال الحول من حين ملك تجب الزكاة (و) كذا لا يجب فى (العوامل) والحوامل (والعلوفة) وقال مالك يجب للعمومات ولنا ما روى عن على رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس فى العوامل صدقة قال أبو الحسن القطان اسناده صحيح ذكره فى الامام وعن جابر رضى الله عنه ليس فى المثيرة صدقة رواه الدارقطنى ومقدار العلف الذى يمنع وجوب الزكاة قد مر فى أول الكتاب (و) لا يجب أيضا فى (العفو) بل يجب فى النصاب عندهما وقال محمد وزفر والشافعى يجب فيهما وفائدة الخلاف أنه اذا كان له ثمانون شاة فهلك منها أربعون يبقى نصف الشاة عند محمد وعندهما عليه شاة كاملة ولو كان له تسع من الابل فهلك منها أربع فعليه شاة عندهما وعند محمد خمسة أتساع الشاة (و) لا يجب أيضا فى (الهالك بعد الوجوب) أى بعد وجوب الزكاة وقال الشافعى اذا هلكت الاموال الباطنة بعد الوجوب وبعد التمكن من الاداء لا تسقط الزكاة لانها حق مالى فلا يسقط بهلاك المال قلنا ان المال محل الزكاة فيفوت بفواته ولو طلب الامام الزكاة فمنعه حتى هلك المال لا يضمن عند مشايخ ما وراء النهر وهو اختيار أبى طاهر الدباس وأبى سهل الزجاجى وهو الصحيح وعند العراقيين يضمن وهو اختيار الكرخى (ولو وجب سن) أى ذات سن (ولم يوجد) عنده (دفع) صاحب المال (أعلى منها) اى من السن التى وجبت (وأخذ الفضل) من الساعى (أو) دفع (دونها ورد الفضل) الى الساعى (او دفع القيمة) واشتراط عدم السن لجواز دفع الاعلى والادنى ودفع القيمة وقع اتفاقا حتى لو دفع أحد هذه الاشياء مع وجود السن الواجب جاز عندنا خلافا للشافعى والخيار فى ذلك لرب المال ويجبر الساعى على القبول الا اذا دفع أعلى منها وطلب الفضل لانه شراء للزيادة ولا اجبار فيه (ويؤخذ) فى الزكاة (الوسط) من جنس ما يجب حتى لو وجب عليه بنت لبون مثلا لا يؤخذ خيار بنت لبون ولا أردأ بنت لبون فيه وانما يؤخذ بنت لبون وسط وكذا غيرها من الاسنان

لقوله عليه الصلاة والسلام اياكم وكرائم أموالهم رواه الجماعة (ويضم) ماهو (مستفاد من جنس نصاب اليه) اى الى النصاب الذى استفيد منه ولا ينفرد له حول آخر بل يزكى الكل بحوله وقال الشافعى لا يزكى المستفاد بحول النصاب بل بحول آخر وعند مالك وأحمد فى غير المواشى يضم وانما قوله عليه الصلاة والسلام ان من السنة شهرا تؤدون فيه زكاة أموالكم فما حدث بعد ذلك فلا زكاة فيه حتى يجىء رأس الشهر رواه الترمذى وهذا يقتضى أن تجب الزكاة فى الحادث عند مجىء رأس السنة وأما الاولاد والارباح فتضم بالاجماع الا فى قول للشافعى فى الارباح (ولو أخذ الخراج والعشر والزكاة بغاة) جمع باغ وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام وتغلبوا على بلدة (لم تؤخذ) هذه الاشياء المذكورة مرة (أخرى) لان الامام لم يحمهم والاخذ بالحماية بخلاف ما اذا مر بهم هو فعشروه حيث يؤخذ منه ثانيا اذا مر على أهل العدل لان التقصير من جهته والذمى كالمسلم فيه ثم اذا لم يؤخذ منهم ثانيا يفتون بأن يعيدوها فيما بينهم وبين الله تعالى وقيل فى الخراج لا وقيل اذا نوى بالدفع الصدقة عليهم أجزأته وكذلك ما يؤخذ من الرجل فى جبايات الظلمة والمصادرات اذا نوى بالدفع التصدق عليهم جاز عما نوى (ولو عجل ذو) أى صاحب (نصاب) واحد من أى نصاب كان زكوات (لسنين) معدودة (أو عجل من نصاب واحد (لنصب) متعددة (صح) تعجيله فى الوجهين عندنا وقال مالك لا يجوز فى الوجه الاول وقال زفر لا يجوز فى الثانى وأثبت الشارح خلاف الشافعى أيضا فى الوجه الاول فما وجدته فى غالب كتبه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (زكاة المال)

وأراد به غير السوائم لان حكمها بين فيما مضى (يجب فى مائتى درهم) وهى نصاب الفضة (و) فى (عشرين دينارا) وهو نصاب الذهب (ربع العشر) ففى مائتى درهم خمسة دراهم وفى عشرين دينارا نصف دينار لقوله عليه الصلاة والسلام فى الرقة ربع العشر وليس فيما دون خمس أواق صدقة والاوقية كانت فى أيامهم اربعين درهما وقوله عليه الصلاة والسلام ليس فى أقل من عشرين دينارا صدقة وفى عشرين دينارا نصف دينار (ولو) كانت الفضة أو الذهب (تبرا) وهو القطعة المأخوذة من المعدن (أو حليا) للنساء أو الرجال وقال الشافعى لا يجب فى حلى النساء وخاتم الفضة للرجال لما روى جابر أنه عليه السلام قال ليس فى الحلى زكاة ولنا ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى يدها ابنة لها وفى يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتعطين زكاة هذا فقالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة بسوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله قال النووى اسناده حسن (أو) كانت الفضة والذهب (آنية) من أوانى البيت للعمومات (ثم) يجب (فى كل خمس) بضم الخاء أى فى كل خمس نصاب وهو اربعون درهما من الورق وأربعة دنانير من الذهب (بحسابه) فيجب فى خمس الورق درهم وفى خمس الذهب قيراطان وهذا عند أبى حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقالا ما زاد على النصاب فيهما فبحسابه وهو قول الشافعى لاطلاق النصوص (والمعتبر) فى الذهب والفضة (وزنهما أداء) أى من حيث الاداء (ووجوبا) أى من حيث الوجوب حاصل المعنى يعتبر فيهما أن يكون المؤدى قدر

الواجب وزنا ولا تعتبر فيه القيمة وكذا في حق الوجوب يعتبر أن يبلغ وزنهما نصابا ولا يعتبر فيه القيمة بالاجماع حتى لو كان له ابريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان لا تجب فيها الزكاة وكذا حكم الذهب وأما اعتبار الوزن في الاداء فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر تعتبر القيمة وعند محمد يعتبر الانفع للفقراء حتى لو أدى عن خمسة دراهم جياد خمسة زيوفا قيمتها أربعة دراهم جاز عندهما خلافا لمحمد وزفر الا اذا أدى الفضل ولو أدى أربعة جيادا قيمتها خمسة رديئة عن خمسة رديئة لا يجوز خلافا لزفر ولو كان له ابريق فضة وزنه مائتان وقيمته بصياغته ثلثمائة ان أدى من العين يؤدى ربع عشره وهو خمسة قيمتها سبعة ونصف وان ادى خمسة قيمتها خمسة جاز عندهما خلافا لمحمد وزفر الا أن يؤدى الفضل ولو أدى من خلاف جنسه تعتبر القيمة بالاجماع (و) يعتبر (في الدراهم وزن سبعة) وفسر ذلك بقوله (وهو) أى اعتبار وزن سبعة (ان تكون العشرة منها) أى من الدراهم (وزن سبعة مثاقيل) وهو جمع مثقال وهو الدينار عشرون قيراطا والدرهم أربعة عشر قيراطا والقيراط خمس شعيرات والاصل فيه ان الدراهم كانت على ثلاثة أنواع نوع كان الدرهم عشرين قيراطا كالدينار ونوع كان اثنى عشر قيراطا ثلاثة أخماس الدينار ونوع كان عشر قراريط نصف الدينار فالاول وزن عشرة منه وزن عشرة من الدنانير والثانى وزن عشرة منه وزن ستة من الدنانير والثالث وزن عشرة منه وزن خمسة دنانير فوقعت الخصومات بينهم في المعاملات فأخذ عمر رضى الله عنه من كل نوع درهما فخلطه فجعله ثلاثة متساوية فخرج كل درهم أربعة عشر قيراطا لان المجموع اثنان وأربعون قيراطا وثلثها أربعة عشر فاستمر العمل عليه الى يومنا هذا في كل شئ خلافا للشافعى ومالك في الديات وفي الغاية دراهم مصر أربعة وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون درهما وحبتان (وغالب الورق) بفتح الواو وكسر الراء اى الفضة (ورق) لانه لا يخلو عن قليل من الغش لاجل الانطباع فتعتبر الغلبة فان كان الغالب الفضة فهو فضة وان كان الغالب عليه الغش يكون في حكم العروض وهو معنى قوله (لا عكسه) يعنى لا يكون عكسه ورقا بل يكون عروضا فينظر فان نواه للتجارة يعتبر قيمته مطلقا وان لم ينوها فان كانت فضة تتخلص تعتبر فتجب فيها الزكاة ان بلغت نصابا وحدها أو بالضم الى غيرها وان لم يتخلص منه شئ فلا شئ عليه فتبقى العبرة للعروض فتشترط فيه نية التجارة وعلى هذا التفصيل الذهب المغشوش وانما لم يذكره اكتفاء بذكر الورق ثم الغلبة بأن يزيد على النصف وان كانا سواء قيل يجب فيه الزكاة احتياطا وقيل لا يجب وقيل يجب فيها درهمان ونصف (وفي عروض) عطف على قوله في مائتى درهم أى يجب ربع العشر أيضا في عروض (تجارة بلغت) قيمتها (نصاب ورق) أى فضة (او) نصاب (ذهب) و يعتبر فيهما الانفع للفقراء عند أبي حنيفة بأن يقوم بما يبلغ نصابا ان كان يبلغ بأحدهما دون الآخر وعن أبي يوسف يقوم بما اشترى اذا كان الثمن من النقود والا بالغالب منها وعن محمد يقومها بالنقد الغالب على كل حال ويقومها بالمصر الذى هو فيه وان كان في مفازة يقوم في المصر الذى يصير اليه وتقوم بالمضروبة (ونقصان النصاب) في الاموال الزكوية (في) أثناء (الحول لا يضر) وجوب الزكاة (ان كمل) النصاب (في طرفيه) أى في طرفى الحول وقال زفر يسقط وبه قال الشافعى

في السائمة قلت كمال النصاب شرط انعقاد الحول وكماله شرط وجوبها في آخره وفيما بينهما ليس وقت الانعقاد ولا وقت الوجوب (وتضم قيمة العروض) اذا بيعت ونضت (الى الثمنين) أي الذهب والفضة لان زكاة العروض فضة أو ذهب فيصير الكل جنسا واحدا (و) يضم (الذهب الى الفضة) بأن كان له عشرة مثاقيل من الذهب ومائة درهم يضم أحدهما الى الآخر ليتم النصاب وقال الشافعي لا يضم والمعتبر كمال النصاب في كل منهما لانهما جنسان وبه قال احمد ولنا انهما في الثمنية سيان فلا يعتبر الاختلاف في الصورة ثم انما يضم (قيمة) أي من حيث القيمة عند أبي حنيفة وعندهما يضم بالاجزاء حتى لو كان أحدهما ثلث نصاب لابد وان يكون الآخر ثلثي نصاب وعلى هذا سائر الاجزاء كالنصف والربع وغيرهما وثمرته تظهر فيما اذا كان له عشرة دنانير وخمسون درهما وقيمة الدنانير لجودتها مائة وخمسون درهما أو قيمة خمسين درهما عشرة دنانير تجب الزكاة عنده خلافا لهما واذا كانت مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير وقيمتها لا تساوي خمسين درهما فعلى قولهما تجب لوجود الاجزاء واختلفوا على قوله فقال بعضهم لا يجب لان الضم عنده باعتبار القيمة فيضم الاقل الى الاكثر لان الاقل تابع للاكثر فلا يكمل النصاب وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني يجب على قوله أيضا باعتبار ضم الاكثر الى الاقل وهو الصحيح ولو كانت له مائة دراهم وعشرة دنانير قيمتها مائة تجب الزكاة اتفاقا ولو كانت مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها خمسون درهما لا تجب اتفاقا لانه لا يبلغ النصاب لا قيمة ولا اجزاء

هذا (باب) في بيان أحكام (العاشر)

هو فاعل من عشرت القوم أعشرهم اذا أخذت عشر أموالهم وفي الشرع (هو) أي العاشر (من نصبه الامام ليأخذ الصدقات) الواجبة (من التجار) ويحميهم من اللصوص وقطاع الطريق في الاموال الظاهرة والباطنة وما ورد من ذم العشار فمحمول على من يأخذ أموال الناس ظلما كما يفعله الظلمة اليوم (فمن قال) من أرباب الاموال (لم يتم) على مالي (الحول أو) قال (علي دين) يستغرق مالي (او) قال (انا اديت) الواجب علي بنفسي الى الفقراء في المصر (او) قال اديته (الى عاشر آخر وحلف) على ذلك (صدق) لانه أمين والقول قوله مع يمينه وعن أبي يوسف لا يمين عليه (الا في السوائم) لا يصدق في صورة واحدة وهي دعواه (في دفعه بنفسه) ويصدق في باقي الصور وقال الشافعي يصدق مطلقا فاذا لم يصدق عندنا يؤخذ منه ثانيا وان علم الامام بادائه بنفسه فيكون هو الزكاة والاول ينقلب نفلا ولم يشترط الشيخ اخراج البراءة كما ذكر غيره لان الخط يشبه الخط (وفيما) أي وفي الموضع الذي (صدق) فيه (المسلم صدق) فيه (الذمي) لانه في دارنا كالمسلم في المعاملات وأحكامها الا انه لا يصدق في الجزية اذا قال أنا أديتها (لا) يصدق (الحربي) في شيء مما ذكر (الا في ام ولده) بأن كانت معه جارية فقال هذه أم ولدي فانه يصدق لان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا اقراره بأمومية الولد ولا يصدق أيضا في صورة أخرى ما استثناها الشيخ وهي ما اذا قال أديت أنا الى عاشر آخر ولم يكن في تلك السنة عاشر آخر (وأخذ منا) أي المسلمين (ربع العشر ومن الذمي ضعفه) ربع العشر وهو نصف العشر (ومن الحربي العشر) كاملا بذلك أمر عمر رضي الله عنه سعاته ولكن (بشرط) بلوغ

المال

المال الى (نصاب) أمّا الذمى فلان ما يؤخذ منه ضعف الزكاة فصار شرطه شرط الزكاة وأمّا الحربى فلأنّ القليل منه عفو لاجل نحو النفقة ومادون النصاب قليل حتى قال فى الجامع الصغير وان مرّ حربى بخمسين درهما لم يؤخذ منه شئ الا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ بطريق المجازاة واليه أشار الشيخ بقوله (واخذهم منا) أى وبشرط أخذ أهل الحرب من المسلمين وفى كتاب الزكاة لايؤخذ من القليل وان كانوا يأخذون منا والاصل فيه انا اذا عرفنا ما يأخذون منا أخذنا منهم مثله وان لم نعرف أخذنا منهم العشر لقول عمر رضى الله عنه فان أعياكم فالعشر وان كانوا يأخذون الكل نأخذ منهم الجميع الا قدر ما يوصله الى مأمنه فى الصحيح وان لم يأخذوا منا لا نأخذ منهم لانا أحق بالمكارم (ولم يثن) أى الذى أخذ من الحربى مرّة لايؤخذ منه ثانيا (فى حول) الاخذ (بلا عود) الى دار الحرب لانه فى الامان مادام فى دارنا وانما يتجدد له الامان بمرور الحول لانه لايمكن من المقام فى دارنا حولا فلا يتصور أن يقيم فيها بعد الحول الا بأمان جديد ولو مرّ على عاشر فأخذ منه ثم دخل دار الحرب ثم خرج ومرّ عليه أخذ منه ثانيا ولو كان فى يومه ذلك بخلاف المسلم والذمى حيث لايؤخذ منهما مرّتين فى حول (وعشر الخمر) أى من قيمتها اذا مرّ بها على العاشر (لا) يعشر (الخنزير) وعند الشافعى لايعشرهما جميعا وقال زفر يعشرهما جميعا وقال أبو يوسف ان مرّ بهما جميعا عشرا وان مرّ بهما على الانفراد عشر الخمر لا الخنزير ولهما ان عمر رضى الله عنه قال لعامله فى خمور أهل الذمة ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وانما تعرف قيمة الخمر بقول فاسقين تابا أو ذميين أسلما وقيل يعرف ذلك بالرجوع الى أهل الذمة (و) لايعشر أيضا (ما فى بيته) أى بيت المار من المال لانه لم يدخل تحت الحماية (و) لايعشر أيضا (البضاعة) وهى المال الذى يدفعه الشخص الى آخر ليكتسب منه وليس عليه شئ لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فى الاداء (و) لايعشر أيضا (مال المضاربة) لما ذكرنا وعن أبى حنيفة أولا انه يعشر ثم رجع عنه ولو كان المضارب ربح فى مال المضاربة عشر نصيبه اذا بلغ نصابا خلافا للشافعى (و) لايعشر أيضا (كسب) العبد (المأذون) له فى التجارة اذا مرّ به على العاشر لانه ليس بمالك له وعند أبى حنيفة يعشره ولو كان معه مولاه يؤخذ منه الا اذا كان على العبد دين محيط بماله ورقبته (وثنى) العشر (ان عشر الخوارج) وهم البغاة لانّ التقصير من جهته حيث مرّ بهم بخلاف ما اذا غلبوا على بلدة فأخذوا الزكاة وغيرها حيث لايؤخذ منهم ثانيا اذا ظهر عليهم الامام لان التقصير من الامام والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الركاز)

من الركز وهو الاثبات لغة يقال ركز رمحه فى الارض اذا أثبته وشرعا هو اسم لما يكون تحت الارض خلقة أو يدفنه العباد فالاول يسمى معدنا والثانى كنزا (خمس) أى أخذ خمس (معدن نقد) وهو الذهب والفضة (و) خمس أيضا (نحو حديد) وصفر ورصاص اذا كانت (فى ارض خراج او) ارض (عشر) وقال الشافعى لاشئ فيه فاذا تم نصابا فحال عليه الحول ففيه الزكاة وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس رواه الجماعة فان قلت كيف الاحتجاج به وقد قال المعدن جبار قلت (لا) يخمس ولا يجب شئ فيما وجد فى (داره وارضه) عند أبى حنيفة خلافا لهما وعن أبى حنيفة

بياض بأصل المؤلف

فى أرضه يجب (وكنز) بالرفع عطف على قوله معدن نقد أى خمس كنز أيضا وهو مادفنه بنو آدم فيكون الخمس لبيت المال (وباقيه) وهو الاربعة اخماس (للمختط له) وهو الذى ملكه الامام هذه البقعة أول الفتح وقال أبو يوسف هو للواجد كما اذا وجد فى أرض غير مملوكة لاحد وبه قالت الثلاثة ولهما ان يد المختط سبقت اليه وهو مال مباح فكان أولى به هذا اذا كان على ضرب أهل الجاهلية بأن كان نقشه صنما أو اسم ملك من ملوكهم وان كان ضرب اسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو لقطة وان اشتبه الضرب فهو جاهلى فى ظاهر المذهب وقيل يجعل اسلاميا فى زماننا لتقادم العهد والمتاع من السلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والقماش فى هذا كالكنز حتى يخمس (وزئبق) بالرفع أيضا أى ويخمس زئبق عندهما لانه ينعقد كالرصاص خلافا لابى يوسف لانه جوهر سيال ذكره فى دستور اللغة فى باب الزاى المكسورة (لا) يخمس (ركاز دار حرب) وجده مستأمن هنالك الا اذا وجده فى دار بعضهم فانه يرده عليهم وسواء كان هذا معدنا أو كنزا فلذلك ذكره بلفظ الركاز (وفيروزج) بالرفع عطف على قوله وزئبق أى ولا يخمس أيضا فيروزج وهو معرب بيروزه وهو حجر مضئ يوجد فى الجبال لقوله عليه السلام لاخمس فى الحجر (و) لا يخمس أيضا (لؤلؤ) لا (عنبر) وكل حلية تستخرج من البحر حتى الذهب والفضة فيه بأن كانت كنزا فى قعر البحر وقال أبو يوسف يخمس ذلك كله لانه مما تحويه يد الملوك ولهما ان قعر البحر لا يرد عليه قهر أحد فلا يجب والعنبر خثى دابة فى البحر وقيل انه نبت فيه بمنزلة الحشيش وقيل انه شجر واللؤلؤ مطر ربيع يقع فى الصدف وقيل يخلق فيه من غير مطر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العشر)

(يجب) العشر (فى عسل) وجد فى (ارض العشر) وقال الشافعى ومالك لا يجب لانه متولد من حيوان ولنا ورود الاثر بذلك وعند أحمد يجب العشر فيه وان كان من أرض خراجية ثم عند أبى حنيفة يجب سواء كان نصابا أو لم يكن وعند أبى يوسف اذا بلغت قيمته خمسة أوسق ففيه العشر وفى رواية خمسة امنان وعند محمد اذا بلغ خمسة أفراق يجب والفرق بفتحتين ستة وثلاثون رطلا بالعراقى (و) يجب أيضا فى كل شئ (مسقى سماء) أى مطر سمى سماء مجازا من قبيل ذكر الشئ باسم ما يجاوره أو ما يحل فيه (و) مسقى (سيح) وهو الماء الذى يجرى على الارض وقوله (بلا شرط نصاب) يرجع الى الكل وقوله (وبقاء) يرجع الى قوله ومسقى سماء وسيح وهذا عند أبى حنيفة فان عنده يجب العشر فى كل شئ أخرجته الارض سواء سقى سيحا أو سقته السماء ولا يشترط فيه نصاب ولا أن يكون مما يبقى حتى يجب فى الخضراوات والبقول وقالا لا يجب الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغت خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام ليس فى حب ولا ثمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق رواه مسلم وقوله عليه السلام ليس فى الخضراوات صدقة وبه قالت الثلاثة وله عموم قوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وقوله عليه السلام فيما سقت السماء والغيم العشر وفيما سقى بالسانية نصف العشر رواه مسلم وغيره وما رويناه من الحديث الاول تأويله زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق كانت يومئذ أربعين درهما والحديث

الثانى لم يثبت لان اباعيسى قال لم يصح فى هذا الباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ ولوصح فهو محمول على صدقة يأخذها العاشر لانه يأخذ من مال التجارة اذا حال عليه الحول (الا الحطب والقصب) الفارسى (والحشيش) استثناء من قوله يجب العشر لانه لا يقصد بها استغلال الارض كالسعف والتبن وبزر البطيخ والقثاء والصمغ والقطران ونحو ذلك حتى اذا اتخذ أرضه مقصبة أو محطبة أو محشيشا يجب العشر وكذلك فى قصب السكر والذريرة والعصفر والكتان وبزره ونحوها (و) يجب (نصفه) أى نصف العشر (فى) كل شئ (مسقى غرب) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء وهو الدلو العظيمة التى يستقى بالبقر (و) مسقى (دالية) وهى الناعورة وهى الدولاب لما قلنا (ولا ترفع المؤن) وهى جمع مؤنة مثل أجرة العمال ونفقة البقر وكرى الانهار وأجرة الحافظ ونحوها أراد ان هذه الاشياء لا تحتسب لاطلاق ما تلونا وما روينا (و) يجب (ضعفه) أى ضعف العشر وهو الخمس (فى أرض عشرية) كائنة (التغلبى) وهو منسوب الى بنى تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم وهذا باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم عندهما وعند محمد لا يضاعف لان الوظيفة فيها هذا فلا يتغير بشرائه من مسلم (وان اسلم) التغلبى وهو واصل بما قبله (او ابتاعها) أى أو اشتراها أى الارض العشرية (منه) أى من التغلبى (مسلم او ذمى) أراد ان التضعيف على حاله فى الصورتين عند أبى حنيفة لانه بمنزلة الخراج وهو لا يتبدل باسلام المالك وقال أبو يوسف يرفع التضعيف ويؤخذ منه عشر واحد ومحمد مع أبى حنيفة فى الاصح (و) يجب (خراج ان اشترى ذمى) غير تغلبى (ارضا عشرية من مسلم) عند أبى حنيفة ويبطل العشر لانه قربة وهو ليس من أهلها ويجب عند أبى يوسف عشران كالتغلبى وعند محمد عشر واحد كما كان لانه مؤنة الارض (و) يجب (عشر) واحد (ان اخذها) أى الارض الخراجية (منه) أى من الذمى (مسلم بشفعة) لتحول الصفقة الى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم (او رد) العقد (على البائع) المسلم (للفساد) أى لاجل فساد البيع لانه جعل كأن لم يكن وكذلك الرد بخيار الشرط والرؤية والعيب بقضاء وان كان الرد بالعيب بغير قضاء فهى خراجية لانه اقالة وهى بيع فى حق غيرهما فصار شراء من الذمى فتنتقل اليه بما فيها من الوظيفة (وان جعل مسلم داره بستانا أو مزرعة (فمؤنته تدور مع مائه) فان سقاه بماء العشر فهو عشرى وان سقاه بماء الخراج فهو خراجى لان الارض لا تنمو الا بالماء فصارت تبعا له وليس هذا وضع خراج على مسلم لانه وظيفة قديمة فى الماء فلزمته بالسقى منه (بخلاف الذمى) اذا جعل داره بستانا حيث يجب عليه الخراج فيه مطلقا لانه اليق بحاله (وداره) أى دار الذمى (حرة) فلا يجب فيها شئ لانها لا تستنمى وكذلك المقابر (كعين قير) وهو القار وهو الزفت (ونفط) بكسر النون وهو دهن يكون على وجه الماء اذا وجدا (فى ارض عشرية) فلا يجب فيهما شئ لانهما عين فوارة كعين الماء (ولو) وجدا (فى ارض خراج يجب الخراج) فيهما ان كان حريمهما يصلح للزراعة فاذا لم يصلح فلا يجب الخراج أيضا

هذا (باب) فى بيان أحكام (المصرف)

بكسر الراء أى مصرف الزكاة وهم ثمانية بالنص وقد سقط منهم المؤلفة قلوبهم فبقيت سبعة على ما بعدهم (هو) أى المصرف (الفقير) أى أحد المصارف السبعة الفقير (و) الثانى

(المسكين وهو) أى المسكين (اسوأ حالا من الفقير) اذ المسكين من لاشئ له والفقير من له أدنى شئ والعكس رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى أيضا (و) الثالث (العامل) على الزكاة يصرف اليه بقدر عمله فيعطيه الامام مايسعه وأعوانه واذا استغرقت كفايتهم الزكاة لايزاد على النصف وعند الشافعى ومالك وأحمد فى رواية يعطى له ثمن الحاصل من الصدقات أو عشرها (و) الرابع (المكاتب) يصرف الى فك رقبته سواء كان مولاه غنيا أو فقيرا وعند مالك لايصرف اليه بل يشترى رقبة تعتق ويكون الولاء للمسلمين (و) الخامس (المديون) الذى لايملك نصابا فاضلا عن دينه أو كان له مال على الناس لايمكنه أخذه وهذا هو تفسير الغارم فى الآية وقال الشافعى هو من تحمل غرامة فى اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين ولو كان غنيا (و) السادس (منقطع الغزاة) أى الفقير منهم وهو المراد من قوله تعالى وفى سبيل الله عند أبى يوسف وعند محمد هو منقطع الحاج وهم الفقراء منهم (و) السابع (ابن السبيل) وهو المسافر سمى به للزومه الطريق فجازله الاخذ من الزكاة قدر حاجته وان كان له مال فى بلده بعد ان لم يقدر عليه فى الحال ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته والاولى أن يستقرض ان قدر عليه (فيدفع) أى الزكاة يعنى صاحب المال مخير ان شاء يدفع (الى كلهم) وهم الاصناف السبعة المذكورين (او) يدفع (الى صنف) واحد منهم وهو قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس ومعاذ بن جبل وحذيفة بن اليمان وجماعة أخرى ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف ذلك فكان اجماعا وقال الشافعى لايجوز الا اذا دفعها الى ثمانية أصناف من كل صنف ثلاثة أنفس الا العامل وكذا قال فى جميع الصدقات كصدقة الفطر لان اللام للتمليك وعندنا لبيان العاقبة انهم مصارف لا لبيان الاستحقاق (لا) تدفع (الى ذمى) وقال زفر تدفع اليه ولنا حديث معاذ رضى الله عنه خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم حديث صحيح (وصح) دفع (غيرها) أى غير الزكاة الى الذمى كصدقة الفطر والكفارات وقال أبو يوسف والشافعى لايجوز لحديث معاذ ولهما انه محل الصدقة غيران الزكاة خصت بالحديث (وبناء مسجد) بالجر عطف على قوله الى ذمى أى لا تصرف الى بناء مسجد وقنطرة وسقاية واصلاح طرق ونحوها لعدم التمليك (و) كذا لاتصرف الى (تكفين ميت وقضاء دينه) أى دين الميت لما ذكرنا وفى المفيد لو قضى بها دين حى أو ميت بأمره جاز (و) كذا لاتصرف الى (شراء قن يعتق) خلافا لمالك وقد ذكرناه (و) لايدفع أيضا الى (اصله) وهم الآباء والامهات (وان علا) الاصل وهم الاجداد والجدات من قبل الاب والام (و) كذا لايدفع الى (فرعه) وهم الاولاد (وان سفل) الفرع وهم أولاد الاولاد (و) كذا لايدفع الزوج الى (زوجته) بالاتفاق (و) كذا لاتدفع الزوجة الى (زوجها) عند أبى حنيفة وبه قال أحمد فى الاصح وقالا تدفع اليه وبه قال الشافعى لحديث زينب قالت يارسول الله انى أتصدق على زوجى أفتجزينى قال لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة والصدقة المطلقة هى الزكاة وله ان الزوجية أصل الولادة والحديث محمول على صدقة التطوع (و) كذا لايدفع الى (عبده ومكاتبه) لانه عبد مابقى عليه درهم (ومدبره) المطلق والمقيد (وام ولده) لعدم التمليك من هؤلاء وهذا بالاجماع الا عن أحمد فى المكاتب فى الاشهر (و) كذا لايدفع الى عبده (معتق البعض) عند أبى حنيفة لانه كالمكاتب عنده

وعندهما

وعندهما اذا أعتق بعضه عتق كله فيصير أجنبيا عنه (و) كذا لايدفع الى (غنى يملك نصابا) وقال الشافعى يجوز دفعها الى غنى الغزاة اذا لم يكن له شئ فى الديوان ولم يكن يأخذ من الفئ وانما قيد بقوله يملك نصابا لان الغنى على ثلاث مراتب الاولى ما يتعلق به وجوب الزكاة والثانية ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاضحية وهو ما يكون مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو المراد ههنا لان حرمان الزكاة يتعلق به والثالثة ما يتعلق به تحريم السؤال وهو أن يكون مالكا لقوت يومه وما يستر به عورته عند عامة العلماء وكذا الفقير القوى المكتسب يحرم عليه السؤال (و) كذا لاتدفع الى (عبده) أى عبد غنى لانه يقع للمولى (و) كذا لاتدفع الى (طفله) أى طفل غنى وهم أولاده الصغار لان نفقتهم عليه بخلاف أولاده الكبار (و) كذا لاتدفع الى (بنى هاشم) لقوله عليه السلام ان هذه الصدقات انما هى أوساخ الناس وانها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد رواه مسلم وقوله عليه السلام نحن أهل بيت لاتحل لنا الصدقة رواه البخارى وفسرهم القدورى بقوله وهم آل على وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث بن عبد المطلب وفائدة تخصيصهم بالذكر جواز الدفع الى بعض بنى هاشم وهم بنو أبى لهب لانهم آذوا النبى صلى الله عليه وسلم فاستحقوا الاهانة ويجوز صرف صدقة النفل اليهم على وجه الصلة والهاشمى يجوز له أن يدفع زكاته الى هاشمى مثله عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف (و) كذا لاتدفع الى (مواليهم) أى موالى بنى هاشم لقوله عليه السلام فى حديث طويل وان مولى القوم منهم رواه الجماعة (ولو دفع) رجل زكاته (بتحر) أى اجتهاد (فبان) أى ظهر (انه) أى المدفوع اليه (غنى أو هاشمى أو كافر او) بان أنه (ابوه او ابنه صح) دفعه عندهما خلافا لابى يوسف لان خطأه ظهر بيقين وبه قال الشافعى ولهما انه أتى بما أمر به فصح حتى اذا دفع بغير تحر وأخطأ لايجزيه (ولو) بان أنه (عبده او مكاتبه لا) يصح لانه لم يخرج عن ملكه (وكره الاغناء) بأن يعطى لواحد نصابا فصاعدا ولكنه يجوز خلافا لزفر لان الغنى قارن الاداء قلنا هو حالة التمليك فقير والغنى انما يحصل بعد تمامه وانما كره لانه جاور المفسد (وندب) الاغناء أى استحب (عن السؤال) لقوله عليه السلام أغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم (وكره نقلها) أى نقل الزكاة (الى بلد آخر) غير بلده لحديث معاذ المتقدم وانما يكره اذا كان (لغير قريب) له (و) لغير (احوج) من أهل بلده اما القريب فلصلة الرحم واما للاحوج فلزيادة دفع الحاجة (ولا يسأل من له قوت يومه) يعنى لايحل له السؤال لقوله عليه السلام من سأل وعنده ما يغنيه فانما يستكثر جمر جهنم قالوا يا رسول الله ما يغنيه قال ما يغديه ويعشيه رواه أبو داود وأحمد وغيرهما والله اعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (صدقة الفطر)

هذه الاضافة من اضافة الشئ الى شرطه كحجة الاسلام حتى لاتتكرر باعادة الفطر بل بتكرر الرأس حتى يجب عليه عن أولاده الصغار ومماليكه للخدمة (تجب) فعل وفاعله بعد أربعة أسطر وهو قوله نصف صاع فعلى هذا يجب تذكيره ويجوز أن يكون فاعله ضميرا راجعا الى صدقة الفطر فى الباب فيجب التأنيث حينئذ فيكون التقدير تجب صدقة الفطر ويكون قوله نصف صاع خبر مبتدا محذوف أى هى نصف صاع ويجوز أن يكون بدلا فافهم (على حر)

احترز به عن الرقيق (مسلم) احترز به عن الكافر (ذى) أى صاحب (نصاب فضل عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وعبيده وسلاحه) وقال الشافعى اذا ملك شيأ يفضل عن قوت نفسه وعياله فى اليوم الذى يتعلق فيه الوجوب بذمته يجب عليه لاطلاق الاخبار وبه قال أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى فيشترط الغنى كالزكاة (عن نفسه) يتعلق بيجب أى يجب أن يخرجها عن نفسه (وطفله الفقير) يعنى أولاده الصغار الفقراء فان كان طفله غنيا يجب فى ماله خلافا لمحمد (و) عن (عبده للخدمة) فلا تجب عن عبده للتجارة خلافا للشافعى (و) عن (مدبره وأم ولده) لما روى الدارقطنى انه عليه السلام أمر بصدقة الفطر عن الصغير والكبير والحر والعبد ممن تمونون وهؤلاء المذكورون بهذه الصفة على الكمال (لا) تجب عليه (عن زوجته و) عن (ولده الكبير) خلافا للشافعى فيهما لانه لا يمونهما ومؤنة الزوجة لضرورة نظام مصالح النكاح ولهذا لا يجب عليه غير الرواتب نحو الادوية (و) لا عن (مكاتبه) لعدم الولاية عليه خلافا لمالك (و) لا عن (عبد) مشترك بين اثنين (او عبيد) مشتركين بينهما أشار الى ذلك فى الصورتين بقوله (لهما) أى للاثنين وقال الشافعى يجب عليهما فى عبد مشترك وقال أبو يوسف ومحمد يجب عليهما فى العبيد المشتركين يجب على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص يعنى يجب على كل واحد فطرة عبد فى الاثنين أو الثلاثة وفطرة عبدين فى الاربعة أو الخمسة وفطرة ثلاثة أعبد فى الستة أو السبعة هكذا وهذا بناء على ان أبا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها (ويتوقف) وجوب صدقة الفطر (لو) كان (مبيعا بخيار) لاحدهما أو لهما فاذا مر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير له العبد فان تم البيع فعلى المشترى وان فسخ فعلى البائع وقال زفر والشافعى تجب على من له الخيار كيفما كان لان الملك له قلنا وجوبها على المالك وهو من يستقر له الملك (نصف صاع) بالرفع قد مر الكلام فيه عن قريب ونصف صاع (من بر) وهو القمح (او دقيقه) أى أو دقيق البر (او سويقه) وهو البر المقلو وقال الشافعى لا يجوز منهما (او) نصف صاع أيضا من (زبيب) عند أبى حنيفة فى رواية وفى أخرى صاع منه كالشعير لانه ناقص فى معنى التغذية وهى قولهما والثلاثة وعند الشافعى من جميع ذلك صاع ولا يجزئ نصف صاع من بر لقول أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط أو صاعا من زبيب وفى بعض طرقه ذكر صاعا من دقيق ولنا ما رواه الحاكم فى مستدركه عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه أمر عمرو بن حزم فى زكاة الفطر بنصف صاع من حنطة أو صاع من تمر وقال هو على شرط البخارى ومسلم وهو مذهب جمهور الصحابة منهم الخلفاء الراشدون وابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وجابر وغيرهم من كبار الصحابة رضى الله عنهم ولم يرو عن أحد منهم ان نصف صاع من بر لا يجزيه فكان اجماعا وحديث الخدرى محمول على انهم كانوا يتبرعون بالزيادة وكلامنا فى الوجوب (وهو) أى الصاع (ثمانية ارطال) بالبغدادى عندهما وقال أبو يوسف خمسة ارطال وثلث وبه قالت الثلاثة لقوله عليه السلام صاعنا أصغر الصيعان ولهما ما رواه صاحب الامام عن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وليس فى حديثه دلالة على ما قال وانما ثبت

انه

انه أصغر وجاز أن يكون ثمانية أرطال أصغر الصيعان وقيل لا خلاف في الحقيقة لان أبا يوسف لما حرر صاع أهل المدينة وجده خمسة ارطال وثلثا برطل أهل المدينة وهو أكبر من رطل أهل بغداد لانه ثلاثون استارا والرطل البغدادي عشرون استارا فاذا قابلت ثمانية أرطال بالبغدادي بخمسة ارطال وثلث رطل بالمدني تجدهما سواء فوقع الوهم لاجل ذلك (صبح) منصوب على الظرفية والعامل فيه تجب أي تجب صدقة الفطر في صبح (يوم الفطر) وهو طلوع الفجر منه وقال الشافعي يتعلق بغروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان وبطلوع الفجر يوم العيد في قول وبمجموع الوقتين في قول ثالث ثم فرع على هذا الخلاف بالفاء بقوله (فمن مات قبله) أي قبل صبح يوم الفطر (او اسلم) من الكفار (او ولد بعده) أي بعد صبح يوم الفطر (لا تجب) عليه صدقة الفطر وعند الشافعي لا تجب على من مات قبل غروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان أو أسلم أو ولد بعده (وصح لو قدم) صدقة الفطر على وقت الوجوب وهو يوم الفطر (او اخر) ها عنه وقال الحسن بن زياد لا يجوز تقديمها وعند مالك وأحمد لو قدم يوما أو يومين صح وبأكثر لا وعند الشافعي لو قدم شهرا صح وبأكثر لا ولا تسقط بالتأخير وقال الحسن بن زياد تسقط بمضي يوم الفطر كالاضحية تسقط بمضي أيام النحر قلنا هي قربة معقولة فلا تسقط بمضي الوقت كالزكاة بخلاف الاضحية لان اراقة الدم غير معقول المعنى فلا تكون قربة الا في وقتها

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصوم)

كان ينبغي أن يذكر كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية الا انه اتبع القرآن وهو قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة والحديث بني الاسلام على خمس الخ وهو لغة امساك مطلقا قال النابغة * خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تأكل اللجما أي ممسكة عن السير وشرعا (هو) أي الصوم (ترك الاكل والشرب والجماع من الصبح) أي من طلوع الفجر الصادق (الى الغروب) أي الى غروب الشمس ملتبسا (بنية) لتميز العبادة عن العادة حاصلا (من اهله) أي من أهل الصوم وهو ان يكون مسلما عاقلا بالغا طاهرا من الحيض والنفاس (وصح صوم) شهر (رمضان وهو) أي والحال ان صوم رمضان (فرض) بالكتاب والسنة والاجماع (و) صح أيضا صوم (النذر المعين) مثل ما اذا نذر صوم شهر رجب مثلا (وهو) أي والحال ان صوم النذر المعين (واجب) لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم فان قلت فعلى هذا لا فرق بين صوم رمضان وصوم النذر المعين في الفرضية لان كلا منهما ثابت بالكتاب فلم أطلق الوجوب عليه قلت خص من الآية ما ليس من جنسه واجبا كعيادة المريض وتجديد الوضوء عند كل صلاة ونحو ذلك فلا يكون قطعيا كالآية المؤولة وخبر الواحد وبمثله لا يثبت الا الوجوب (و) صح أيضا صوم (النفل) أي التطوع فالحاصل ان هذه الصيامات الثلاثة انما تصح (بنية) حاصلة (من الليل الى ما قبل نصف النهار) عندنا وقال زفر يصح صوم رمضان من الصحيح المقيم من غير نية لانه متعين من غير نية ولنا ما ذكرنا وقال الشافعي تعيين النية الرمضانية والتبييت بها من الليل شرط لقوله عليه السلام لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ويعزم رواه أبو داود والترمذي وحسنه وبه قال مالك وأحمد ولنا انه

تعالى أباح له الاكل والشرب الى طلوع الفجر ثم أمر به بعده بكلمة ثم حيث قال ثم أتموا الصيام الى الليل وهى للتراخى فتصير العزيمة بعد الفجر لامحالة والحديث محمول على نفى الفضيلة كحديث التسمية أو على غير المتعين من الصيام كالقضاء والكفارات وأما النفل فقد قال مالك لا يجوز بنية من النهار وقال الشافعى يجوز بنية بعد الزوال أيضا وبه قال أحمد لان مبناه على التخفيف قلنا هذا لا يصح لان النية انما تصح اذا وقعت فى الليل أو فى أكثر النهار لان للاكثر حكم الكل فلذلك قال الشيخ الى ماقبل نصف النهار وهو أحسن من قول القدورى ما بينه وبين الزوال حيث لاتقع النية فى أكثر النهار على قوله لان نصف اليوم من طلوع الفجر الصادق الى الضحوة الكبرى لاوقت الزوال (و) يصح صوم رمضان أيضا (بمطلق النية) يعنى بنية الصوم فقط (وبنية النفل) وبنية واجب آخر أيضا وكذلك يتأدى النذر المعين بجميع ذلك الا بنية واجب آخر فانه اذا نوى فيه واجبا آخر يكون عما نوى ولا يكون عن النذر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز الا بالتعيين عن فرض الوقت على مامر والذى قلنا فى صوم رمضان انما هو فى الصحيح المقيم لان المريض اذا نوى عن واجب آخر فعن أبى حنيفة روايتان فى رواية يقع عما نوى وفى رواية وهى قولهما يقع عن رمضان وهى الاصح والمسافر اذا نوى واجبا آخر يقع عما نوى عند أبى حنيفة وعندهما عن فرض الوقت ولو نوى النفل فعنه روايتان (ومابقى) من الصيامات غير ماذكر مثل قضاء رمضان والكفارات والنذر المطلق (لم يجز الا بنية معينة مبيتة) من الليل فلا يصح بنية من النهار لان الوجوب ثابت فى الذمة والزمان غير متعين لها فلم يكن بد من التعيين ابتداء (ويثبت شهر (رمضان برؤية هلاله أو بعد) شهر (شعبان ثلاثين) يوما لقوله عليه السلام لاتصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فان غم عليكم فاقدروا له رواه البخارى ومعنى فاقدروا له قدروا عدده باستيفاء عدد الثلاثين (ولا يصام يوم الشك) وهو اليوم الذى يتحدث الناس فيه برؤية الهلال ولم يثبت رؤيته أو شهد واحد فردت شهادته أو شاهدان فاسقان فردت شهادتهما وانما يكره لقوله عليه السلام لاتقدموا الشهر حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة رواه أبو داود والنسائى وانما استثنى بقوله (الا تطوعا) لما روى عمران بن حصين رضى الله عنه انه عليه السلام قال لرجل هل صمت من سرر شعبان قال لا قال فاذا أفطرت فصم يوما مكانه وفى لفظ فصم يوما رواه البخارى ومسلم وصح أيضا انه قال أفضل الصيام صوم أخى داود وهو مطلق فيدخل فيه الكل وهو مذهب عمرو بن العاص ومعاوية وعائشة وأسماء رضى الله عنهم وسرر الشهر آخره سمى به لاستسرار القمر فيه فعلم بهذا ان المراد بالحديث الاول غير التطوع حتى لا يزاد على صوم رمضان كما زاد أهل الكتاب على صومهم وقال الشافعى يكره الصوم اذا انتصف شعبان لقوله عليه السلام اذا انتصف شعبان فلا تصوموا رواه أبو داود ولنا مارويناو صح عنه عليه السلام انه كان يصوم شعبان كله وما رواه غير محفوظ قاله أحمد (ومن رأى هلال رمضان او) هلال (الفطر وردّ قوله) بأن لم يسمع القاضى كلامه لانفراده بالرؤية (صام) هو لانه شهد الشهر وأما هلال الفطر فللاحتياط (وان أفطر) بعد ماردّ القاضى شهادته (قضى) يوما (فقط) يعنى لاتجب عليه الكفارة أما فى هلال الفطر فلانه يوم عيد عنده فيكون شبهة وأما فى هلال رمضان فلان الشرع

كذبه فتمكنت الشبهة وقيل تجب الكفارة أيضا وبه قال الشافعي في هلال رمضان ان أفطر بالوقاع والصحيح هو الاول (وقبل بعلة) في السماء مثل الغيم والغبار ونحوهما (خبر عدل) واحد (ولو) كان (قنا) أي رقيقا واختار هذا اللفظ ليشمل المكاتب والمدبر ومعتق البعض وكذلك قال (أو أنثى) ليشمل الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد واللام في (لرمضان) تتعلق بقوله وقبل أي قبل لاجل شهر رمضان لانه أمر ديني فقبل فيه خبر الواحد مطلقا كرواية الاخبار بشرط العدالة وماروى عن الطحاوي عدلا كان أو غير عدل معناه أن يكون مستورا وهو الذي لم يعرف بالعدالة ولا بالدعارة ويقبل فيه خبر المحدود بالقذف بعد ما تاب وعن أبي حنيفة لا يقبل والاول أصح وقال مالك والشافعي في أصح قوليه يشترط المثنى كسائر الشهادات ولنا ماروى عن ابن عباس انه قال جاء اعرابي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني رأيت الهلال فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا رواه أبو داود والترمذي (و) قبل خبر (حرين او) خبر (حر وحرتين للفطر) أي لاجل هلال الفطر كما في سائر الاحكام لان فيه منفعة العباد وهي الافطار فلهذا شرطت فيه العدالة والحرية والعدد ولفظ الشهادة ولكن لا يشترط فيه الدعوى كعتق الامة وطلاق الحرة ولا تقبل فيه شهادة المحدود في قذف لكونه شهادة (والا) أي وان لم يكن بالسماء علة (فجمع) أي فيشترط جمع (عظيم) يقع العلم بخبرهم وقيل أهل المحلة وعن أبي يوسف خمسون رجلا كالقسامة وعن خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل لان المطالع متحدة والموانع مرتفعة والابصار صحيحة فلا يجوز أن يختص برؤيته البعض القليل وأشار بقوله (لهما) أي لرمضان وللفطر الى أنهما متساويان في الحكم المذكور والاكتفاء باثنين رواية عن أبي حنيفة وبه قال مالك والشافعي في قول وعند أحمد يكتفي بعدل (و) هلال (الاضحى كالفطر) أي كهلال الفطر فلا يثبت الا بما يثبت به الفطر لانه تعلق به حق العباد وعن أبي حنيفة انه كرمضان والاول أصح (ولا عبرة لاختلاف المطالع) بل اذا ثبت في مصر لزم سائر الناس وقيل يختلف باختلاف المطالع وهو منقول عن شمس الائمة السرخسي وهذا هو الاشبه وان كان الاول هو الاصح للاحتياط لان انفصال الهلال من شعاع الشمس يختلف باختلاف الاقطار كما في دخول الوقت وخروجه حتى اذا زالت الشمس في الشرق لا يلزم منه أن تزول في الغرب وكذا طلوع الفجر وغروب الشمس بل كلما تحركت الشمس درجة فتلك طلوع فجر لقوم وطلوع شمس لآخرين وغروب لبعض ونصف ليل لآخرين وهذا مثبت في علم الافلاك والهيئة

* هذا (باب) في بيان أحكام (ما يفسد الصوم وما لا يفسده) *

فساد الشئ اخراجه عما هو المطلوب (فان اكل الصائم او شرب او جامع) حال كونه (ناسيا) وهو قيد للثلاثة والقياس في هذه أن يفطر كما ذهب اليه مالك ولكن روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه رواه البخاري ومسلم فان قلت لم لا يجوز أن يكون المراد بالحديث الامساك تشبها كالحائض قلت المأمور به اتمام الصوم وبالامساك تشبها لا يتم صومه ويؤيده ماروى انه عليه السلام قال اذا أكل الصائم ناسيا أو شرب ناسيا فانما هو رزق ساقه الله اليه فلا قضاء عليه رواه الدارقطني

وقال اسناده صحيح واذا ثبت فى الاكل والشرب ثبت أيضا فى الجماع دلالة (او احتلم) الصائم فى نومه لقوله عليه السلام لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من أحتجم رواه أبو داود (او انزل) الصائم (بنظر) لعدم المباشرة وقال مالك ان أنزل بالنظرة الاولى لا يفسد صومه وان أنزل بالثانية يفسد (او ادهن) بزيت أو غيره من الادهان لعدم المنافى (او احتجم) لما روينا وهو قول جمهور العلماء وقال أحمد يفطر لقوله عليه السلام أفطر الحاجم والمحجوم رواه الترمذى قلنا هذا منسوخ (او اكتحل) لما روى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو صائم رواه الدارقطنى ولا فرق بين أن يجد طعم الكحل فى حلقه أو لم يجد وكذا لو بزق ووجد لونه فى الاصح وقال مالك وأحمد يفسد صومه اذا وصل الى حلقه لما روى انه عليه السلام أمر بالاثمد المروح عند النوم وقال ليتقه الصائم ولنا ما روينا وما رويناه منكر قال يحيى بن معين فلا يصح الاحتجاج به وائن صح فهو محمول على انه عليه السلام قال ذلك شفقة عليهم لاحتمال انه عليه السلام عرف فى الاثمد صفة لا توافق الصائم كالحرارة ونحوه (او قبل) ولم ينزل لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه انه عليه السلام رخص فى القبلة للصائم والحجامة رواه الدارقطنى وقال رواته ثقات والامر يدور بالشهوة هنا حتى اذا أنزل يفسد صومه بخلاف المصاهرة والرجعة فانهما يثبتان به وان لم ينزل حتى لو أنزل لا يثبت حكم المصاهرة (او دخل حلقه) أى حلق الصائم (ذباب او غبار وهو) أى والحال انه (ذاكر لصومه) لعدم استطاعة الامتناع عنه فاشبه الدخان بخلاف المطر والثلج فى الاصح (او اكل ما بين أسنانه) اذا كان قليلا لعدم امكان الاحتراز عنه وان كان كثيرا يفطره وقال زفر يفطره فى الوجهين والفاصل بينهما قدر الحمصة فما دونه قليل وان أخذه بيده وأخرجه ثم أكله ينبغى أن يفسد صومه كما روى عن محمد أن الصائم اذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ولو ابتلعها من خارج ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبى يوسف وعند زفر عليه الكفارة ولو جمع ريقه فى فيه ثم ابتلعه لم يفطر ويكره ولو أخرجه ثم ابتلعه يفطر كريق غيره (او قاء وعاد) لقوله عليه السلام من ذرعه القىء فليس عليه قضاء ومن استقاء عمدا فليقض رواه أبو داود وقال الدارقطنى رواته ثقات ويستوى فيه ملء الفم وما دونه وقوله وعاد وقع اتفاقا وليس بقيد لان العود ليس بشرط لانتفاء الفطر على ما يجىء بيانه ان شاء الله وهذا قول محمد رحمه الله (لم يفطر) جواب المسائل المذكورة من عند قوله فان أكل (وان اعاده) أى القىء (او استقاء) أى أو طلب القىء وهذا على أقسام اما ان قاء عمدا أو ذرعه وكل واحد اما ملء الفم أولا وكل واحد منهما اما ان عاد هو بنفسه أو اعاده هو أو خرج ولم يعده هو ولا عاد بنفسه فان ذرعه لا يفطر قل أو كثر وان عاد هو بنفسه وهو ذاكر للصوم ان كان ملء الفم فسد صومه عند أبى يوسف وعند محمد لا وهو الصحيح وان أعاده أفطر بالاجماع وان كان أقل من ملء الفم لا يفطر وان عاد أيضا لا يفطر أيضا بالاجماع وان أعاده أفطر عند محمد خلافا لابى يوسف وان استقاء عامدا ان كان ملء الفم فسد بالاجماع ولا يتأتى فيه تفريع العود والاعادة لانه أفطر بالقىء وان كان أقل من ملء فيه أفطر عند محمد خلافا لابى يوسف ثم ان عاد بنفسه لم يفطر وان أعاده ففيه روايتان فى رواية يفطر وفى أخرى لا هذا اذا قاء طعاما أو مرة أو ماء فان

قاء

قاء بلغما فغير مفسد عندهما خلافا لابي يوسف اذا ملأ الفم وفى خزانة الاكمل ان قاء مرارا فى مجلس واحد ملء فيه لزمه القضاء وان كان فى مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه القضاء (او ابتلع حصاة او حديدا) أو حجرا أو ترابا أو شيأ مما لا يتغذى به لوجود صورة الفطر وقال مالك لا يشترط كون المأكول غذاء فى وجوب الكفارة ولو ابتلع دقيقا أو عجينا أو أرزا لا تجب الكفارة الا عند محمد وفى الملح لا تجب الا اذا اعتاد أكله وحده وقيل فى قليله يجب دون كثيره وفى النيء من اللحم يجب دون الشحم وعند أبى الليث يجب فى الشحم أيضا هذا اذا كان غير قديد وان كان قديدا يجب فيهما وعلى هذا أوراق الاشجار اذا كانت تؤكل عادة يجب فيه والا فلا وعلى هذا التفصيل النباتات كلها ولا يجب فى الطين الا فى الطين الارمنى لانه يتداوى به قوله (قضى) جواب المسائل المذكورة بكلمة ان وأشار بقوله (فقط) الى نفى وجوب الكفارة (ومن جامع) فى قبل أو دبر على الصحيح (او جومع) ذكرا كان أو أنثى اذا كان بطوعهما وقال الشافعى لا تجب الكفارة على المطاوعة وبه قال مالك وأحمد وفى قول للشافعى يلزمها ولكن يتحملها الزوج وفى قول كمذهبنا لقوله عليه السلام من أفطر فى رمضان فعليه ما على المظاهر رواه الدارقطنى وكلمة من تطلق على الذكر والانثى (أو اكل أو شرب غذاء أو دواء) حال كونه (عمدا) أى عامدا او يرجع هذا القيد الى جميع الثلاثة (قضى) صوم ذلك اليوم بلا خلاف (وكفر) عندنا خلافا للشافعى فعنده الكفارة لا تجب الا بالجماع ولنا ما رويناه الآن وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه ان رجلا أفطر فى رمضان فأمره عليه السلام أن يعتق رقبة رواه مسلم وأبو داود ولفظ أفطر فى الحديثين يتناول المأكول وغيره والانزال فى الجماع ليس بشرط لانه تبع والتقاء الختانين كاف والكاف فى قوله (ككفارة الظهار) فى محل النصب لانه صفة مصدر محذوف تقديره وكفر تكفيرا كتكفارة الظهار فى الترتيب وقال مالك وأحمد فى رواية ككفارة اليمين ولنا حديث أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله فقال وما أهلكك قال وقعت على امرأتى فى رمضان قال هل تجد ما تعتق رقبة قال لا قال هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا قال لا ثم جلس ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أفقر منا فما بين لابتيها اهل بيت أحوج من أهل بيتى فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه فقال اذهب فأطعمه أهلك رواه الجماعة وهذا ظاهر على وجوبه مرتبا فخص الاعرابى بأحكام ثلاثة بجواز الاطعام مع القدرة على الصيام وصرفه الى نفسه والاكتفاء بخمسة عشر صاعا (ولا كفارة بالانزال فيما دون الفرج) أى القبل والدبر كالتبطين والتفخيذ والاستمناء بالكف واختلف فيه فقيل يحرم الاستمتاع بالكف وعن عطاء سمعت قوما يحشرون وأيديهم حبالى فأظن انهم هؤلاء وقال سعيد بن جبير عذب الله أمة كانوا يعبثون بمذاكيرهم وقيل ان قصد به تسكين الشهوة يرجى أن لا يكون عليه وبال (و) لا (بافساد صوم غير رمضان) ولو فى قضاء رمضان لان الكفارة وردت فى هتك رمضان اذ لا يجوز اخلاؤه من الصوم بخلاف غيره من الازمنة (وان احتقن) أى وضع حقنة فى دبره (او استعط) أى صب فى أنفه سعوطا وهو بفتح السين ما يجعل فى الانف من الادوية ومنه يقال سعطته وأسعطته

(أو أقطر فى أذنه) دهنا لان الماء اذا أقطره فيه لا يفطره ولو استنشق ووصل الماء الى دماغه يفطر (او داوى جائفة) وهى الطعنة التى تبلغ الجوف (او) داوى (آمة) وهى الشجة التى تبلغ أم الرأس (بدواء) سواء كان رطبا أو يابسا لان الاعتبار للوصول فلذلك لم يقيده بالرطب كالقدورى وغيره وقال (ووصل) الى (جوفه) فى الجائفة (أو) الى (دماغه) فى الآمة وهذا عند أبى حنيفة لوصول الغذاء الى جوفه وقالا لا يفطر لانه لم يصل من المنفذ الاصلى وقيل الرطب مفسد عنده خلافا لهما واليابس ليس بمفطر اتفاقا والاكثرون على ان العبرة للوصول كما ذكرناه قوله (أفطر) جواب المسائل المذكورة فى قوله وان احتقن الخ (وان أقطر فى احليله) وهو منفذ الذكر (لا) يفطر سواء كان ماء أو دهنا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يفطر ومحمد مضطرب والاصح انه مع أبى حنيفة وهذا الاختلاف مبنى على انه هل بين المثانة والجوف منفذ أم لا واختلفوا فى الاقطار فى قبلها والصحيح الفطر ولو أدخلت اصبعها فى فرجها أو دبرها لا يفسد صومها على المختار الا أن تكون مبلولة بماء أو دهن ولو أدخل اصبعه فى دبره اختلفوا فى وجوب الغسل والقضاء والاصح عدم الوجوب كالخشبة لا كالذكر (وكره) للصائم (ذوق شئ) لانه تعرض لافساد صومه الا المرأة اذا كان زوجها سيئ الخلق فلا بأس أن تذوق المرقة بطرف لسانها وفى حالة الشراء أيضا لا يكره للضرورة (و) كذا يكره (مضغه) أى مضغ الصائم شيأ لما ذكرنا وقوله (بلا عذر) يرجع الى الذوق والمضغ جميعا بخلاف ما جعله الشارح قيدا للمضغ فقط ومن العذر أن لا تجد المرأة من يمضغ لصبيها الطعام من حائض أو نفساء أو غيرهما ممن لا يصوم ولم تجد طبيخا ولا لبنا حليبا (و) كذا يكره (مضغ العلك) لانه يتهم بالافطار واطلاقه يدل على ان جميع أنواعه لا يفطر ولكن فيه تفصيل وهو انه اذا كان ممضوغا لا يفطر وان كان غير ممضوغ يفطر وقيل فى الاسود يفسد وان كان ملتئما وفى غير الصوم لا يكره للمرأة ويكره للرجل اذا لم يكن من علة وقيل لا يكره ولا يستحب (لا) يكره (كحل) بفتح الكاف مصدر من كحل يكحل وبالضم اسم لما روى عن عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام اكتحل وهو صائم رواه الدارقطنى (و) لا (دهن شارب) بفتح الدال مصدر وبالضم اسم والمعنى على الاول لانه ليس فيه شئ ينافى الصوم بخلاف المحرم (و) لا يكره أيضا (سواك) أى استعماله لان السواك اسم للخشبة لما روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك وهو صائم ما لا أعده ولا أحصى رواه أبو داود والترمذى وانما أطلق ذكره ليتناول المبلول وغيره وأول النهار وآخره وكرهه أبو يوسف بالرطب والمبلول بالماء وكرهه الشافعى بعد الزوال وبه قال أحمد وكرهه مالك بالرطب (و) لا يكره أيضا (قبلة ان أمن) على نفسه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صائم ويباشر وهو صائم ولكنه كان أملك لاربه رواه البخارى وأبو داود ويكره ان لم يأمن والشافعى رضى الله عنه أباحها فى الوجهين والمس كالقبلة والمباشرة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية خلافا لمحمد رحمه الله وتفسير المباشرة أن يتجردا عن الثياب ويضع فرجه على فرجها

* هذا (فصل فى) بيان أحكام (العوارض) *

وهو جمع عارضة من عرض الامر اذا حدث (لمن خاف) من المرض (زيادة المرض) أو تأخر

برئه (الفطر) فى رمضان لان ذلك قد يفضى الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه. هذا عند أبى حنيفة وعندهما اذا عجز عن القيام فى الصلاة له الفطر وقال الشافعى لا يفطر الا اذا خاف الهلاك والاصل مرّ فى التيمم وطريق معرفته الاجتهاد فان غلب على ظنه أفطر وكذا اذا أخبره طبيب حاذق عدل والصحيح الذى يخشى أن يمرض بالصوم فهو كالمريض وكذا الامة التى تخدم اذا خافت الضعف جاز ان تفطر ثم تقضى (وللمسافر) الفطر أيضا (و) لكن (صومه احب ان لم يضره) لقوله تعالى وأن تصوموا خير لكم وقال الشافعى الفطر أفضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصوم فى السفر ولنا ما رواه أنس كنا نسافر مع النبى صلى الله عليه وسلم فمنا الصائم ومنا المفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم رواه البخارى ومسلم وما رواه خرج فى مسافر ضرّه الصوم على ما روى فى القصة انه غشى عليه ونحن نقول به (ولا قضاء ان ماتا) أى المريض والمسافر (عليهما) أى على حالهما من المرض والسفر لانهما لم يدركا عدة من أيام أخر لانهما عذرا فى الاداء فلان يعذرا فى القضاء أولى وان صح المريض أو أقام المسافر ولم يقض حتى مات لزمه القضاء بقدر الصحة والاقامة أى لزمه الايصاء به (ويطعم وليهما) أى ولىّ المريض والمسافر وهو الوصى (لكل يوم) من الايام التى أفطر فيها نصف صاع من بر او صاعا من غيره (كالفطرة) هذا اذا كان (بوصية) منهما حتى اذا لم يوصيا بذلك لم يلزم الولى أن يطعم عنهما لانها عبادة فلا بد من أمره وذلك بالايصاء وان فعل الولى ذلك جاز ويكون له الثواب كذا فى الاختيار وكذا كفارة اليمين والقتل اذا تبرع الولىّ بالاطعام أو الكسوة تجوز دون الاعتاق وقال الشافعى يلزم الولى اعتبارا بديون العباد ولهذا تعتبر عنده من جميع المال والصلاة كالصوم استحسانا لكونها أهم وتعتبر كل صلاة بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولى ولا يصلى خلافا للشافعى (وقضيا) أى المريض والمسافر (ما قدرا) عليه من الايام (بلا شرط ولاء) أى متابعة وهو الترتيب لان النص لم يشترط ذلك وعند البعض لا بد من الترتيب لقوله عليه السلام من كان عليه قضاء رمضان فليسرده ولا يقطعه قلنا هذا غير ثابت وروى ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال قضاء رمضان ان شاء فرّق وان شاء تابع رواه الدارقطنى فان قلت قراءة أبىّ فعدة من أيام أخر متتابعة فيجب العمل بها كما فى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فى كفارة اليمين ثلاثة أيام متتابعات قلت هذه مشهورة وتلك غير مشهورة فلا يجوز التخصيص بها ولكن المستحب التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب (فان جاء رمضان) آخر ولم يقض رمضان الذى قبله (قدم الاداء) أى رمضان الذى جاء (على القضاء) أى الرمضان الذى قبله ثم صام القضاء لانه وقته ولا فدية عليه وقال الشافعى عليه فدية ان أخره بغير عذر (وللحامل) عطف على قوله لمن خاف فى أوّل الفصل أى وللحامل الفطر أيضا للحرج كالمسافر (والمرضع) بالجر عطف على الحامل أى وللمرضع الفطر أيضا لما ذكرنا قيل المراد من المرضع الظئر لوجوب الارضاع عليها بالعقد بخلاف الامّ فان الاب يستأجر غيرها ويردّه قول القدورى وغيره اذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما اذ لا ولد للمستأجرة ولان الارضاع واجب على الام ديانة خصوصا عند عجز الاب قلت المرضع باطلاقه يتناول الظئر والام جميعا والظاهر ان مراد الشيخ هذا ليثبت الحكم فيهما جميعا ولهذا أطلق بذكر الولد

ولم يذكر مثل القدوري وغيره (ان خافتا) أي الحامل والمرضع (على الولد) راجع الى المرضع
(او النفس) راجع الى الحامل ولا فدية عليهما خلافا للشافعي في المرضع (وللشيخ الفاني) أي
الهرم وهو أيضا عطف على ما قبله أي له الفطر أيضا للحرج (وهو) أي الشيخ الفاني (يفدي)
لقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين اى لا يطيقونه وقال مالك لا تجب عليه الفدية
وبه قال الشافعي في القديم واختاره الطحاوي لانه عاجز عن الصوم فأشبه المريض اذا مات قبل
البرء وأشار بقوله (فقط) الى نفي وجوب الفدية على الحامل والمرضع (وللمتطوع) عطف أيضا
على ما قبله أي للمتطوع بالصوم الفطر (بغير عذر في رواية) عن أبي يوسف وذكر الكرخي وأبو
بكر انه لا يفطر الا من عذر لما روى انه عليه السلام قال اذا دعي أحدكم الى الطعام فليجب فان
كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أي فليدع قال القرطبي ثبت هذا عن النبي صلى الله
عليه وسلم ولو كان الفطر جائزا كان الافضل الفطر لاجابة الدعوة التي هي سنة وجه رواية أبي
يوسف ما روت عائشة رضي الله عنها قالت دخل النبي صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال هل عندكم
شيء فقلنا لا قال اني اذا صائم ثم أتى يوما آخر فقلنا يا رسول الله أهدي لنا حيس فقال أرنيه فلقد
أصبحت صائما فأكل رواه مسلم وزاد النسائي ولكن أصوم يوما مكانه وصحح هذه الزيادة أبو محمد
عبد الحق ولا خلاف انه يجوز للعذر واختلف في الضيافة فقيل ليست بعذر وقيل عذر قبل
الزوال وبعده لا الا من الابوين وكذا اذا حلف عليه بالطلاق يفطر قبله وبعده لا
(ويقضي) أي المتطوع اذا أفطر سواء كان بعذر أو غيره وقال الشافعي ليس عليه قضاء لان
المتطوع أمير نفسه لنا ما روينا وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وغيرهم رضي الله عنهم
وحديثه الصائم المتطوع أمير نفسه ان شاء أفطر وان شاء صام غير صحيح قاله القرطبي وقال
الترمذي في اسناده مقال فان قلت قد روي من صام تطوعا فهو بالخيار ما بينه وبين نصف النهار
قلت في طريقه جعفر بن الزبير وهو متروك (ولو بلغ صبي) في بعض نهار رمضان (او اسلم كافر)
فيه (امسك) كل منهما بقية (يومه) تشبها بالصائمين واختلفوا في هذا الامساك فقيل مستحب
وقيل واجب وهو الصحيح وعلى هذا الحائض اذا طهرت والمسافر اذا قدم (ولم يقض) كل منهما
(شيأ) لان الصوم غير واجب فيه خلافا لزفر في الكافر وعن أبي يوسف اذا أدركا وقت النية
وجب عليهما صوم ذلك اليوم وان لم يصوما قضياه ولو نوى الكافر الذي أسلم تطوعا لا يجزيه
لانه ليس من أهله في أول النهار بخلاف الصبي الذي بلغ (ولو نوى المسافر الافطار ثم قدم)
من سفره (ونوى الصوم في وقته) وهو قبل أن ينتصف النهار (صح) صومه سواء كان فرضا
أو نفلا (ويقضي) الصوم (باغماء) أي بسببه لانه نوع مرض (سوى يوم) يعني لا يقضي يوما
(حدث) الاغماء (في ليلته) لوجود الصوم فيه اذ الظاهر انه نوى من الليل حملا لحاله على
الصلاح حتى لو كان متهتكا يعتاد الاكل في رمضان أو كان مسافرا قضى كله (و) يقضي أيضا
(بجنون غير ممتد) وهو أن يكون غير مستوعب لشهر رمضان فاذا كان ممتدا لا يقضي لانه حرج
وقال مالك يقضي في الحالين وقال زفر والشافعي لا يقضي في الحالين والاصل أصولي ثم لا فرق

بين

بين الجنون الاصلى والعارضى وعند محمد انه الحق الاصلى بالصبى واختاره بعض المتأخرين (و) يقضى أيضا (بامساك) فى رمضان (بلا نية صوم و) لا نية (فطر) خلافا لزفر بناء على ان أصله أن رمضان يتأدى بدون النية فى حق الصحيح المقيم وثمرة الخلاف تظهر فى لزوم القضاء ووجوب الكفارة فان لم يأكل لا يلزمه القضاء عنده وان أكل يلزمه الكفارة لانه صائم عنده وعند أبى حنيفة الحكم على عكسه لانه غير صائم وعندهما ان أكل بعد الزوال فكما قال أبو حنيفة وان أكل قبله تجب عليه الكفارة (ولو قدم مسافر) من سفره فى بعض النهار (أو طهرت) امرأة (حائض) فيه (أو تسحر) الصائم (و) الحال أنه قد (ظنه) أى الوقت الذى تسحر فيه (ليلا و) الحال أن (الفجر طالع أو أفطر) الصائم (كذلك) أى ظنه غروب الشمس (و) الحال أن (الشمس حية) أى لم تغرب (أمسك) كل من المذكورين بقية (يومه) تشبها (وقضى) كل منهم ذلك اليوم (ولم يكفر) كل منهم كما لا يجب على من أكل ناسيا ثم أكل عمدا لقصور الجناية (كأكل) بالتنوين والكاف فى محل النصب على انها صفة لمصدر محذوف أى لم يكفر تكفيرا كائنا كأكل صائم حال كونه (عمدا) أى عامدا (بعد أكله) حال كونه (ناسيا) فانه لا تجب عليه الكفارة عند أبى حنيفة لتمكن الشبهة وعندهما عليه الكفارة لوجود الجناية (ونائمة ومجنونة) مجروران عطفا على قوله كأكل أى وكنائمة ومجنونة (وطئتا) فانه لا يجب عليهما الكفارة أيضا ولكن يجب القضاء وعند زفر والشافعى لا قضاء عليهما أيضا كالناسى ولنا وجود ما ينافى الامساك الا أن فى الناسى ثبت بالنص فلا يقاس عليه وصورة المجنونة انها نوت الصوم ثم جنت بالنهار وهى صائمة فجامعها انسان قيل هذا تصحيف فى الاصل عن مجبورة وهى المكرهة وعن عيسى بن أبان قلت لمحمد رحمه الله أهذه المجنونة قال لا بل المجبورة فقلت ألا تجعلها مجبورة فقال بلى ثم قال كيف وقد سارت بها الركبان

هذا (فصل) فى بيان أحكام النذر (من نذر صوم يوم النحر أفطر) لانه معصية (وقضى) يوما مكانه لانه نذر بصوم مشروع بأصله والنهى لا ينافى المشروعية كما تقرر فى الاصول وقال زفر والشافعى هذا النذر باطل فلا يلزمه الصوم ولا القضاء لانه نذر بما هو معصية (وان نوى) مع نذره الصوم (يمينا كفر أيضا) كفارة يمين وهذا على ستة أوجه الاول انه لم ينو شيأ والثانى نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا والثالث نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين والرابع نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا والخامس نواهما جميعا والسادس نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر ففى الثلاثة الاول يكون نذرا لا يمينا اجماعا حتى لا تلزمه الكفارة وفى الرابع يكون يمينا اجماعا حتى لو لم يصم ذلك اليوم الذى نوى فيه اليمين تلزمه الكفارة وفى الخامس عليه الصوم والكفارة عندهما وعند أبى يوسف عليه القضاء لا غير وبه قالت الثلاثة وفى السادس يكون نذرا ويمينا عندهما وعنده يكون يمينا لا غير (ولو نذر صوم هذه السنة) فهو نذر بأيام جميع السنة وهى اثنا عشر شهرا صام ولكنه (أفطر أياما منهية) لكون الصوم فيها حراما (وهى) أى الايام المنهية (يوما العيد وأيام التشريق) فالجملة خمسة أيام (وقضاها) أى الايام المذكورة لما قلنا قيل هذا محمول على ما اذا نذر قبل عيد الفطر أما اذا قال فى شوال لله على صوم هذه السنة لا يلزمه قضاء يوم الفطر وكذا لو قال بعد أيام التشريق لا يلزمه قضاء يومى العيدين وأيام التشريق بل يلزمه

صيام مابقى من السنة وهذا غير صحيح لان قوله هذه السنة عبارة عن اثنى عشر شهرا من وقت النذر الى وقت النذر وهذه المدة لاتخلو عن هذه الايام (ولاقضاء) عليه (ان شرع فيها) أى فى الايام الخمسة المنهية أى ان شرع فى صومها (ثم أفطر) عند أبى حنيفة ومحمد لان وجوب القضاء مبنى على لزوم المضى فيها صيانة عن البطلان وهذا الصوم منهى عنه وقال أبو يوسف عليه القضاء كما لو نذر هكذا أثبت الخلاف صاحب المجمع والشارح جعل محمدا مع أبى يوسف

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الاعتكاف) *

هو من العكف وهو الحبس والاقامة وشرعا هو لبث فى مسجد مع الصوم والنية واللغوى موجود فيه مع زيادة واليه أشار الشيخ بقوله (سن لبث فى مسجد) جماعة وعن أبى حنيفة لايجوز الا فى مسجد يصلى فيه الخمس وعنه ان الواجب لايجوز فى غير مسجد الجماعة والنفل يجوز وعنه ان كل مسجد به امام ومؤذن معلوم ويصلى فيه الخمس بالجماعة فانه يعتكف فيه وأفضل مايكون فى المسجد الحرام ثم فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم فى بيت المقدس ثم فى الجامع ثم كل مسجد أهله أكثر قال الشيخ هو سنة وقال القدورى مستحب وقال صاحب الهداية والصحيح انه سنة مؤكدة قلت الصحيح التفصيل فان كان منذورا فواجب وفى العشر الاخير من رمضان سنة وفى غيره من الازمنة مستحب والباء فى (بصوم) تتعلق بقوله لبث (ونية) عطف عليه وقال الشافعى الصوم ليس بشرط لما روى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم ليس على المعتكف صوم الا أن يجعله على نفسه رواه الدارقطنى وقال رفعه أبو بكر محمد بن اسحق السوسى وغيره لايرفعه ولنا حديث عائشة رضى الله عنها قالت السنة على المعتكف أن لايعود مريضا ولا يشهد جنازة ولايمس امرأة ولا يباشرها ولايخرج الا لما لابد منه ولا اعتكاف الا بالصوم ولا اعتكاف الا فى مسجد جامع رواه أبو داود ومثله لايعرف الا سماعا ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبى حنيفة وأقله على هذا يوم وفى ظاهر الرواية عنه وهى قولهما ان الصوم ليس بشرط فيه وليس لاقله تقدير حتى لو دخل المسجد ونوى الاعتكاف الى أن يخرج منه صح واليه أشار الشيخ بقوله (وأقله) أى أقل الاعتكاف حال كونه (نفلا ساعة) وعن أبى يوسف أقله أكثر النهار (والمرأة تعتكف فى مسجد بيتها) لانه أصون لها وعند الثلاثة لايجوز لها ذلك بل تعتكف فى أى مسجد كان غير مسجد بيتها (ولايخرج) المعتكف (منه) أى من المسجد (الا لحاجة شرعية كالجمعة) لما روينا وبه قال أحمد وقال مالك والشافعى الخروج للجمعة مفسد (او) لحاجة (طبيعية كالبول والغائط) لما روينا ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فان خرج) المعتكف من المسجد (ساعة) زمانية لا رملية (بلا عذر) شرعى كانهدام المسجد أو تفرق أهله أو طبيعى (فسد) اعتكافه عند أبى حنيفة لان الخروج ضد اللبث وقالا لايفسد الا ان خرج أكثر النهار لان فى القليل ضرورة (وأكله) أى أكل المعتكف (وشربه ونومه ومبايعته فيه) أى فى المسجد حتى لو خرج لاجلها يفسد اعتكافه خلافا للشافعى فى خروجه الى بيته للاكل (وكره احضار المبيع) وهو السلعة لانه مستغن عن ذلك وعند مالك وأحمد تكره المبايعة كما اذا كانت للتجارة لقوله عليه السلام اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع فى المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك رواه النسائى ونحن قلنا

بموجبه

بوجبه لان المراد مبايعة مالا بد منه كالطعام ونحوه وأما اذا أراد التجارة يكره له ذلك على الصحيح (و) كذا يكره (الصمت) الذى يعتقده عبادة لقوله عليه السلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود وأما اذا صمت صونا لنفسه عن الوقوع فى الكلام الحرام فذلك خير محض بل واجب (و) كذا يكره (التكلم فيه) أى فى المسجد (الا بخير) والتكلم بغير خير يكره لغير المعتكف فللمعتكف بالطريق الاولى (وحرم) على المعتكف (الوطء) لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد (ودواعيه) أى ودواعى الوطء وهى اللمس والقبلة كما فى الاحرام والظهار والاستبراء بخلاف الصوم للحرج وعند الشافعى لا تحرم الدواعى فى قول (وبطل) الاعتكاف (بوطئه) سواء كان عامدا أو ناسيا نهارا أو ليلا لانه محظور بالنص كالجماع فى الاحرام بخلاف الصوم اذا كان ناسيا والفرق الحالة المذكرة فى الاعتكاف دون الصوم ولو أنزل بالقبلة أو اللمس فسد وبغير الانزال لا يفسد خلافا للشافعى فى قول (ولزمه) أى المعتكف (الليالى أيضا) يعنى كالايام (بنذر اعتكاف أيام) لان ذكر الايام ذكر الليالى وكذا على العكس لقوله تعالى ثلاث ليال سويا وثلاثة أيام الا رمزا والقصة واحدة وقال الشافعى لا تدخل الليلة الاولى وبه قال مالك وأحمد وأما الليالى المتخللة ففيها ثلاثة أوجه أحدها تدخل والآخر لا تدخل والثالث ان نذر التتابع تدخل والا لا (و) لزمه (ليلتان بنذر) اعتكاف (يومين) اعتبارا للمثنى بالجمع وقال أبو يوسف الليلة الاولى لا تدخل لان الليلة الوسطى بين اليومين دخلت بحكم التبعية ضرورة الاتصال ولا كذلك الليلة الاولى وبه قالت الثلاثة ولما فرغ عن العبادات الغير المركبة أخذ فى بيان العبادة المركبة على التناسب المذكور فى الحديث المشهور فقال

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الحج)

وهو لغة قصد مطلقا وشرعا قصد الى زيارة البيت على وجه التعظيم وذكر فى بعض النسخ (هو) أى الحج (زيارة مكان مخصوص) وهو البيت شرفه الله تعالى (فى زمان مخصوص) وهو أشهر الحج (بفعل مخصوص) وهو الطواف والسعى والوقوف محرما (فرض) الحج لقوله تعالى ولله على الناس حج البيت (مرة) واحدة فى العمر لحديث الاقرع بن حابس أفى كل عام يارسول الله فقال الحج مرة فمن زاد فهو تطوع رواه أحمد والنسائى بمعناه ولان سببه البيت وهو غير متكرر (على الفور) لا على التراخى لقوله عليه السلام من أراد الحج فليتعجل فانه قد يمرض المريض وتضل الراحلة وتعرض الحاجة رواه أحمد وابن ماجه والبيهقى وهذا قول أبى يوسف ومالك وعن محمد انه على التراخى لانه وظيفة العمر وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية فان قلت حج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سنة عشر وكان فرضه فى سنة ست فهذا يدل على ما ذهب اليه محمد قلت الحج وجب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وهى نزلت سنة تسع والذى نزل فى سنة ست قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهو أمر باتمام ما شرع فيه وليس فيه دلالة على الايجاب من غير شروع وأما تأخيره عليه السلام الى السنة العاشرة فيحتمل أن يكون لعذر اما لانها نزلت بعد فوات الوقت أو للخوف من المشركين على أهل المدينة أو على نفسه وأما ما قاله بعضهم انه عليه السلام كان قد علم انه يدرك الحج قبل موته فليس بشئ (بشرط حرية)

فلا يجب على العبد (وبلوغ) فلا يجب على الصبي (وعقل) فلا يجب على المجنون (وصحة الجوارح) فلا يجب على مقعد غني وزمن غني خلافا للشافعي وكذا الاعمى لا يجب عليه عند أبي حنيفة وان وجد زادا وراحلة وقائدا خلافا لهما وكذا مقطوع الرجلين والمفلوج والشيخ الذي لا يثبت على الراحلة بنفسه والمحبوس وثمرة الخلاف في وجوب الاحجاج فعنده لا يجب عليهم الاحجاج وعندهما يجب (وقدرة زاد وراحلة) غير عقبة وهو قدر ما يكترى به شق محمل أو رأس زاملة وقت خروج أهل بلده (فضلت عن مسكنه وعمن مالا بد منه) كالخادم والفرس وأثاث البيت وقماش البدن والسلاح وكتب الفقه ان كان فقيها (و) عن (نفقة ذهابه) الى مكة (وايابه) أي وعن نفقة رجوعه الى أهله (و) فضلت أيضا عن (نفقة عياله) الى حين عوده لان هذه الاشياء مقدمة على حق الله تعالى (وأمن طريق) بالجر أي وبشرط أمن طريق لانه لا يتأتى بدونه وهو شرط الوجوب في رواية أبي شجاع عن أبي حنيفة وكان القاضي أبو خازم يقول هو شرط الاداء وبه قال أحمد وثمرة هذا تظهر في وجوب الايصاء وقال أبو القاسم الصفار لا أشك في سقوط الحج عن النساء ولكن أشك في سقوطه عن الرجال والبادية عندي دار الحرب وقال أبو بكر الاسكاف لا أقول الحج فريضة في زماننا قاله في سنة ست وعشرين وثلثمائة وأفتى أبو بكر الرازي ان الحج سقط عن أهل بغداد وبه قال جماعة من المتاخرين وقال أبو الليث ان كان الغالب في الطريق السلامة يجب وان كان خلاف ذلك لا يجب وعليه الاعتماد قلت فعلى هذا لا يسقط عن أهل مصر والشأم لان الغالب في طريقهما السلامة ولكن الغالب هذا من وجود الترك لانهم يحمون الحجاج من قطاع الطريق حتى ان سنة تقل فيها الترك يكثر فيها الفساد في الطريق فيمكن أن يقال اذا انقطع الترك عن الطريق يسقط الحج وهذا ظاهر لا يخفى (و) بشرط (محرم) غير مجوسي ولا فاسق ولا صبي (او زوج لامرأة في) مسافة (سفر) وهي ثلاثة أيام فصاعدا لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفرا يكون ثلاثة أيام فصاعدا الا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو أخوها أو محرم منها رواه مسلم وأبو داود وهو حجة على الشافعي في تجويزه لها مع النساء الامينات اذا لم تجد زوجا أو محرما فان قلت يرد المهاجرة والمأسورة قلت هما لا ينشآن سفرا وانما مقصودهما النجاة خوفا من تبدل الدين واذا وجدت محرما فليس للزوج منعها عن فرض الحج خلافا للشافعي ونفقة المحرم عليها كذا في شرح القدوري وفي شرح الطحاوي لا يجب عليها ذلك (فلو أحرم صبي او عبد فبلغ) الصبي (أو عتق) العبد (فمضى) كل واحد منهما على احرامه (لم يجز عن فرضه) أي عن فرض الحج لان احرامهما انعقد للنفل فلا يؤدى به الفرض وقال الشافعي اذا مضيا يكون عن الفرض فان قلت الاحرام شرط عندكم فوجب أن يجوز أداء الفرض به كالصبي اذا توضأ ثم بلغ جاز له أن يؤدى به الفرض قلت نعم ولكن له شبه بالركن من حيث اتصال الاداء به فأخذنا بالاحتياط في العبادة ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام أجزأه بخلاف العبد لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية فيمكنه الخروج بالشروع في غيره بخلاف العبد (ومواقيت الاحرام) أي المواقيت التي لا يتجاوزها الانسان الا محرما كذا وكذا وهو جمع ميقات وهو الوقت المضروب للفعل والمراد

به

به الموضع وهى خمسة الاول (ذوالحليفة) وهى موضع عند قرية بينه وبين المدينة ستة أميال أو سبعة وهو ماء من مياه بنى جشم بينهم وبين خفاجة من بنى عقيل والعوام يقولونه آبار على رضى الله عنه (و) الثانى (ذات عرق) بكسر العين وهو الحد الذى بين نجد وتهامة والعرق فى الاصل الارض التى أحياها قوم بعد ان كانت داثرة وقيل هى السبخة التى تنبت الطرفاء وشبهها (و) الثالث (جحفة) بضم الجيم وسكون الحاء المهملة وهو موضع بالقرب من رابغ وهو رسم خال لا يسكن به والعوام يقولون هى الرابغ وليس كذلك بل مثل ماذكرنا (و) الرابع (قرن) المنازل ويقال له قرن الثعالب بينه وبين مكة خمسون ميلا (و) الخامس (يلملم) بفتح الياء آخر الحروف وقيل ألملم بالهمزة موضع الياء وهى على ليلتين من مكة (لاهلها) أى هذه المنازل لاهلها فذوالحليفة لاهل المدينة وذات عرق لاهل العراق وجحفة لاهل الشام ومصر والمغرب وقرن لاهل نجد ويلملم لاهل اليمن (ولمن مر بها) أى بهذه المواضع من غير أهلها لحديث ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشأم الجحفة ولاهل نجد قرن المنازل ولاهل اليمن يلملم فقال هن لهم ولمن أتى عليهن من غير أهلهن لمن كان يريد الحج والعمرة الحديث رواه البخارى ومسلم وأبوداود وعن عائشة انه عليه السلام وقت لاهل العراق ذات عرق رواه أبوداود والنسائى ثم الآفاقى اذا انتهى الى الميقات على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد وقال الشافعى لا يجب الا على من اراد الحج أو العمرة لما روى عن جابر انه عليه السلام دخل مكة وعليه عمامة سوداء بغير احرام رواه مسلم والنسائى ولنا ماروى عن ابن عباس انه عليه السلام قال لا يدخل أحد مكة الا باحرام ومارواه كان مختصا بتلك الساعة (وصح تقديمه) أى تقديم الاحرام (عليها) أى على هذه المواقيت لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وفسرت الصحابة رضى الله عنهم ان الاتمام بأن يحرم من دويرة أهله (لا) يصح (عكسه) وهو تأخير الاحرام عن هذه المواقيت على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى (و) الميقات (لداخلها) أى لداخل المواقيت (الحل) وهو الذى بينه وبين الحرم (و) الميقات (للمكى) أى لساكن مكة (الحرم) وحده من طريق المدينة ثلاثة أميال عند بيوت السقيا ومن اليمن سبعة اميال عند اضاة لبن ومن العراق سبعة أميال على ثنية رحل وهو جبل بالمنقطع ومن الجعرانة سبعة أميال عند منقطع الاعشاس ومن الطائف سبعة أميال عند طرف عرفة ومن بطن عرنة أحد عشر ميلا وذكر فى الحاوى حده من طريق المدينة ثلاثة أميال ومن طريق اليمن والعراق وعرفة والطائف وبطن نمرة سبعة ومن طريق الجعرانة تسعة ومن طريق جدة عشرة ومن بطن عرنة أحد عشر ميلا (للحج) أى لاجل الحج يعنى اذا كان يريد الحج (و) والميقات (الحل للعمرة) أى لاجلها يعنى اذ كان يريد العمرة

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاحرام) وكيفيته

(واذا أردت) أيها الطالب حجا أو عمرة وانما ذكر هذا الفصل بالخطاب تحريضا على تعلم امور الاحرام واهتماما لشدة الاحتياج الى معرفته (أن تحرم) أى الاحرام لان أن مصدرية (فتوضأ) ان شئت والا فاغتسل (والغسل احب) لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه انه عليه

السلام اغتسل لاحرامه رواه الترمذى وحسنه والمراد بهذا الغسل تحصيل النظافة وازالة الرائحة الكريهة لا الطهارة حتى تؤمر بها الحائض والنفساء (والبس ازارا) الذى يؤتزر به (ورداء) الذى يرتدى به على الكتف حال كونهما (جديدين) لانه أنظف وأبعد من الوسخ (أوغسيلين) ان لم تجد الجديدين والاولى أن يكونا أبيضين (وتطيب) ان وجدت لحديث عائشة رضى الله عنها انها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند احرامه بأطيب ما أجد رواه البخارى ومسلم وكره محمد وزفر بما تبقى عينه بعد الاحرام (وصل ركعتين) بعد اللبس والتطيب وقص الاظفار والشارب وحلق العانة ونتف الابط لانه عليه السلام صلى ركعتين رواه مسلم والبخارى ولا يصليهما فى الوقت المكروه (وقل اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى) لان أنسا رضى الله عنه روى انه عليه السلام صلى الظهر ثم ركب على راحلته فقال اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى (ولب) أمر من التلبية أى قل لبيك اللهم الخ (دبر صلاتك) وهى الركعتان المذكورتان حال كونك (تنوى بها) أى بالتلبية وليس باضمار قبل الذكر لان قوله لب يدل على ذلك وانما ينوى بها (الحج) لان النية شرط لجميع العبادات والذكر باللسان ليس بشرط كما فى الصلاة فان جمع بينهما كان احسن (وهى) أى التلبية (لبيك) وهى تثنية لب من لب بالمكان أى أقام وقيل أى لزم والمعنى أنا مقيم على طاعتك لازم لها غير خارج عنها والتثنية لزيادة اظهار الطاعة كانه قال أنا مقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة (اللهم) يعنى يا الله فلما حذفت حرف النداء عوضت عنها الميم ولهذا لا يجوز يا اللهم لاجتماع العوض والمعوض عنه (لبيك لاشريك لك) فى ملكك (لبيك ان الحمد) بالفتح والكسر روايتان ومعنى الفتح لان الحمد لك والكسر أصح ليكون ابتداء ذكر لا تعليلا للاول (والنعمة) بكسر النون كل ما يصل الى الخلق من النفع ودفع الضرر (لك والملك) بضم الميم وفسر بأنه سعة المقدور والملك بالكسر حيازة الشئ وتوصيف الله بالاول أبلغ على ما لا يخفى (لاشريك لك) كرر للتأكيد (وزد فيها) أى فى التلبية وقال الشافعى فى رواية الربيع عنه لا يزيد لانه ذكر منظوم فتخل به الزيادة والنقصان كالاذان ولنا ان ابن عمر رضى الله عنهما كان يقول اذا استوت به راحلته زيادة على المروى لبيك لبيك وسعديك والخير بين يديك والرغباء اليك والعمل متفق عليه بخلاف الاذان لانه للاعلام (ولا تنقص) من التلبية لانه هو المنقول عنه عليه السلام (فاذا لبيت) حال كونك (ناويا فقد أحرمت) أى دخلت فى الاحرام وهذا تصريح بأنه يكون شارعا عند وجودهما ولم يبين بأيهما يصير شارعا فقال حسام الدين الشهيد يصير شارعا بالنية ولكن عند التلبية لا بالتلبية وعن أبى يوسف انه يصير شارعا بالنية وحدها وبه قال الشافعى كالصوم ولنا قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج قال ابن عباس فرض الحج الاهلال وقال ابن عمر التلبية وقال ابن مسعود الاحرام وقالت عائشة لا احرام الا لمن أهل ولبى بخلاف الصوم لانه ركن واحد (فاتق) أى فاذا أحرمت اتق أى فاجتنب (الرفث) أى الجماع وقيل ذكره بدواعيه عند النساء (والفسوق) أى المعاصى والخروج عن طاعة الله تعالى قبيح وفى حالة الاحرام أقبح (والجدال) أى المجادلة وهى المخاصمة مع الرفقة والمكارية والعكامين والمنازعة معهم والسباب (و) اتق أيضا (قتل الصيد) لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم (و) اتق أيضا (الاشارة اليه) أى الى الصيد وهى تكون فى الحضرة

(والدلالة

(والدلالة عليه) أى على الصيد وهى تكون فى الغيبة (و) اتق أيضا (لبس القميص والسراويل والعمامة والقلنسوة والقباء والخفين الا أن لا تجد) أنت (النعلين فاقطعهما) أى الخفين (اسفل من الكعبين) والكعب ههنا هو المفصل الذى فى وسط القدم عند معقد الشراك بكل ذلك ورد الحديث الصحيح (و) اتق أيضا لبس (الثوب المصبوغ بورس) وهو الكركم (او زعفران أو عصفر) وهو زهر القرطم وقال الشافعى وأحمد لا بأس بلبس المعصفر (الا أن يكون) الثوب المصبوغ (لا ينفض) أى لا يفوح وقيل لا يتناثر وهو أقرب لمادة اللفظ (و) اتق أيضا (ستر الرأس والوجه) وقال الشافعى يجوز للرجل تغطية وجهه لقوله عليه السلام احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها ولنا قوله عليه السلام فى المحرم الذى خر من بعيره لا تخمروا وجهه ولا رأسه رواه مسلم وما رواه موقوف على ابن عمر فلا يعارض المرفوع ولئن صح فقوله احرام الرجل فى رأسه ليس فيه نفى وجهه (و) اتق أيضا (غسلهما) أى غسل الرأس والوجه أراد به اللحية لانها فى الوجه (بالخطمى) بكسر الخاء وهو نبت مشهور وانما منع لان له رائحة طيبة عند أبى حنيفة فصار طيبا وعندهما يلين الشعر ويحسنه ويقتل القمل وثمرة الخلاف فى وجوب الدم عنده والصدقة عندهما (و) اتق أيضا (مس الطيب) لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل رواه أبو ذر الهروى وغيره وقال الشافعى يجوز له الخضاب بالحناء لانه ليس بطيب ولنا قوله عليه السلام الحناء طيب رواه النسائى (و) ليتق أيضا (حلق رأسه) فيه التفات من الخطاب الى الغيبة على ما لا يخفى (و) ليتق أيضا (قص) أى قطع (شعره و) قلم (ظفره) لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم والقص فى معنى الحلق فثبت بدلالة النص وكان القياس على ما ذكره أولا أن يقال رأسك وشعرك وظفرك لكنه التفت من الخطاب الى الغيبة كما ذكرناه فلذلك قدرنا الفعل ههنا بصيغة الغائب (لا) يتق المحرم (الاغتسال) لانه عليه السلام اغتسل وهو محرم رواه مسلم وكره مالك أن يغيب رأسه فى الماء لتوهم التغطية قلنا هذا ليس بتغطية عادة (و) لا يتق أيضا (دخول الحمام) لانه عليه السلام دخل الحمام فى الجحفة رواه البيهقى وعند مالك ان دخل الحمام وتدلك افتدى (و) لا (الاستظلال بالبيت والمحمل) والفسطاط وقال مالك يكره لانه يشبه تغطية الرأس وبه قال أحمد ولنا حديث أم الحصين قالت حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيت اسامة وبلالا أحدهما آخذ بخطام ناقة النبى صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة رواه مسلم وأبو داود والنسائى (و) لا (شد الهميان) بكسر الهاء وهو ما يجعل فيه الدراهم ويشد على الحقو وفتح الهاء فيه غلط (فى وسطه) سواء كانت فيه نفقة نفسه أو نفقة غيره وقال مالك يكره أن يكون فيه نفقة غيره وان شد افتدى لعدم الضرورة اليه ولنا ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يطلقه من غير قيد (وأكثر التلبية متى صليت) عاد من التفات الغيبة الى الحضور حيث قال أكثر بالخطاب للمحرم (أو علوت شرفا) أى صعدت موضعا مرتفعا عاليا (أو هبطت) أى نزلت (واديا أو لقيت ركبا) وهو جمع راكب كوفد جمع وافد قال يعقوب هو العشرة فما فوقها من الابل (و) أكثر أيضا (بالاسحار) أى فى وقت الاسحار وفى غير الاسحار أيضا ولكن تخصيص الاسحار لكونها وقت اجابة الدعوة حال كونك (رافعا صوتك بها) أى بالتلبية لما روى انه عليه السلام كان يلبى اذا لقى راكبا أو صعد أكمة أو هبط واديا وفى

أدبار المكتوبة وآخر الليل ذكره في الامام وأما رفع الصوت بها فلما روى انه عليه السلام قال أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالاهلال والتلبية رواه أبو داود وغيره (و) اذا دخلت مكة شرفها الله ليلا أو نهارا فادخل من الثنية العليا وهي ثنية كداء من أعلى مكة على درب المعلى وطريق الابطح ومنى بجنب الحجون وهو مقبرة أهل مكة (ابدأ) أولا (بالمسجد) أي بالمسجد الحرام من باب بني شيبة والباء في (بدخول مكة) تتعلق بابدأ وهي في محل النصب على الحال أي حال دخولك مكة فقاعل المصدر محذوف (وكبر وهلل تلقاء البيت) أي تجاهه لحديث جابر رضي الله عنه انه عليه السلام كان يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير عند ذلك (ثم استقبل الحجر الاسود) حال كونك (مكبرا مهللا) لما روى انه عليه السلام دخل المسجد فبدأ بالحجر فاستقبله فكبر وهلل رواه أحمد وحال كونك (مستلما) الحجر لقول ابن عمر رضي الله عنهما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمه ويقبله رواه البخاري ومسلم وكيفية الاستلام أن يضع يديه على الحجر ويقبله (بلا ايذاء) لاحد حتى لا يرتكب ترك الواجب لاقامة السنة لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه يا عمر انك رجل قوي لا تزاحم على الحجر الاسود فتؤذي الضعيف ان وجدت خلوة فاستلمه والا فاستقبله وكبر وهلل رواه أحمد فان لم يقدر على الاستلام أمس الحجر شيأ كالعرجون ونحوه وقبله لقول عامر بن واثلة رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت ويستلم الحجر بمحجن معه ويقبل المحجن رواه مسلم واذا عجز عن ذلك رفع يديه حذاء منكبيه وجعل باطنهما نحو الحجر مشيرا بهما اليه كأنه واضع يديه عليه وظاهرهما نحو وجهه (وطف) بالبيت حال كونك (مضطبعا) وهو أن يلقي طرف ردائه على كتفه الايسر ويخرجه تحت ابطه الايمن ويلقي طرفه الآخر على كتفه الايسر ويكون كتفه الايمن مكشوفة واليسرى مغطاة بطرفي الازار مأخوذ من الضبع وهو العضد لانه يبقى مكشوفا لما روى يعلى بن أمية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف مضطبعا رواه أبو داود ويكون طوافك (وراء الحطيم) لانه من البيت سمي به لانه حطم من البيت أي كسر ويسمى حجرا أيضا لانه حجر عن البيت أي منع منه وهو محوط ممدود على صورة نصف دائرة خارج عن جدار البيت من جهة الشأم تحت الميزاب وليس كله من البيت بل مقدار ستة أذرع منه من البيت لحديث عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ستة أذرع الحجر من البيت وما زاد ليس من البيت رواه مسلم ولو لم يطف بالحطيم بل دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجزئه ويعيد الطواف كله ولو أعاد الحجر وحده اجزأه ويدخل من الفرجة في الاعادة ولو لم يدخل بل كما وصل الى الفرجة عاد وراءه من جهة المغرب اجزأه وطف حال كونك (آخذا عن يمينك مما يلي الباب سبعة أشواط) لما روى عن جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام لما قدم مكة اتى الحجر فاستلمه ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثا ومشى أربعا رواه مسلم والنسائي (ترمل) أي تسرع وفي الديوان الرمل ضرب من العدو وقلت هو عدو بهز الكتفين (في) الاشواط (الثلاثة الاول) وقيل لا رمل فيه لانه كان لاظهار الجلد للمشركين وقد زال والصحيح أنه سنة باقية لانه عليه السلام فعله في حجة الوداع والخلفاء بعده ولا يرمل في البقية بل يمشي على هينته لما روينا أشار اليه بقوله (فقط) يعني لا يرمل في الاربعة الباقية (واستلم الحجر) الاسود (كلما مررت به

ان

ان استطعت) لما روى انه عليه السلام طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار اليه بشئ فى يده وكبر رواه أحمد والبخارى وان لم يستطع استقبل على ما بينا ويستحب أن يستلم الركن اليمانى ولا يقبله وعند محمد هو سنة ويقبله مثل الحجر الاسود لما روى عن ابن عباس أنه عليه السلام كان يقبل الركن اليمانى ويضع يده عليه رواه الدارقطنى (واختم الطواف به) أى بالاستلام (و) اختمه أيضا (بركعتين) تصليهما (فى المقام) أى فى مقام ابراهيم عليه السلام (أو حيث تيسر من المسجد) الحرام ان لم يكن فى المقام وهذه الصلاة واجبة عندنا وقال الشافعى سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا أنه عليه السلام لما انتهى الى مقام ابراهيم عليه السلام قرأ قوله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فصلى ركعتين فقرأ فيهما فاتحة الكتاب وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ثم عاد الى الركن فاستلمه ثم خرج الى الصفا رواه أحمد ومسلم فنبه عليه السلام ان صلاته كانت امتثالا لامر الله عز وجل والامر للوجوب واللام فى قوله (للقدوم) تتعلق بقوله طف مضطبعا أى طف سبعة أشواط مثل ماذكرنا لاجل القدوم (وهو) أى طواف القدوم (سنة لغير المكى) لانه على من يقدم والمكى لا يقدم وقال مالك وأحمد هو واجب لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه بالطواف أمر وهو واجب ولنا أنه عليه السلام سماه تحية بقوله فليحيه فلا يفيد الوجوب لان التحية فى اللغة اسم للاكرام يبدأ به الانسان على سبيل التبرع ولا يلزم وجوب رد السلام بقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها لانه ليس بابتداء احسان وانما هو مجازاة للسلام الاول (ثم) بعد ذلك (اخرج الى الصفا) من باب بنى مخزوم (وقم عليه) أى على الصفا بحيث تشاهد البيت منه حال كونك (مستقبل البيت مكبرا مهللا مصليا على النبى صلى الله عليه وسلم داعيا ربك بحاجتك) وهذه كلها أحوال متداخلة أو مترادفة وكل ذلك فى حديث جابر الذى أخرجه مسلم وغيره (ثم) بعد ذلك (اهبط) أى انزل (نحو المروة) حال كونك (ساعيا بين الميلين الاخضرين) بحذاء دار العباس رضى الله عنه (وافعل عليها) أى على المروة (فعلك) أى كفعلك (على الصفا) من استقبال القبلة والتكبير والتهليل والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء بحاجتك (فطف بينهما) أى بين الصفا والمروة (سبعة أشواط تبدأ بالصفا وتختم بالمروة) لانه عليه السلام بدأ بالصفا فرقى عليه رواه مسلم ثم الذهاب الى المروة شوط والعود منها الى الصفا شوط آخر هكذا يفعل سبعة أشواط وقال الطحاوى وبعض الشافعية الذهاب من الصفا الى المروة والرجوع منها الى الصفا شوط قياسا على الطواف بالبيت فانه من الحجر الى الحجر شوط فكذا من الصفا الى المروة شوط ويرد عليهم ما قاله جابر فى حديثه الطويل فلما كان آخر طوافه على المروة الحديث جعل آخر طوافه على المروة ولو كان كما قالوا لكان آخره على الصفا والشوط فى الطواف لا يتم ما لم ينته الى الحجر الاسود وفى السعى يتم بالمروة فيكون ما بعده تكرارا محضا فلا يكون القياس عليه صحيحا ثم السعى بين الصفا والمروة واجب عندنا وقال مالك والشافعى ركن وكان ينبغى أن يقول الشيخ وهو واجب كما قال فى القدوم وهو سنة لانه خلط الواجب بالسنة (ثم) بعد الفراغ من السعى (أقم بمكة) أى فيها حال كونك (حراما) لانك محرم بالحج فلا تحل قبل الاتيان بأفعاله (وطف بالبيت كلما بدا) أى ظهر

أراد كلما تيسر (لك) لانه يشبه الصلاة وهو خير موضوع فكذا الطواف وهو أفضل من الصلاة في حق الآفاقي وبالعكس للمكي (ثم اخطب قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذي الحجة ويوم التروية اليوم الثامن منه (وعلم فيها) أي في الخطبة (المناسك) وليس باضمار قبل الذكر لان قوله ثم اخطب يدل عليها أي علم الناس أفعال الحج والخروج الى منى والى عرفات والصلاة والوقوف فيها والافاضة منها وفي الحج ثلاث خطب أولها هذه والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم كلها خطبة واحدة ولا يجلس في وسطها الا خطبة يوم عرفة فانها خطبتان يجلس بينهما وكلها بعد الزوال بعد ما صلى الظهر الا يوم عرفة فانها بعد الزوال قبل أن يصلي الظهر وقال زفر يخطب في ثلاثة أيام متوالية أولها يوم التروية لانها يوم الموسم ولنا أنه عليه السلام خطب في اليوم السابع وكذا أبو بكر رضي الله عنه (ثم) بعد ذلك (رح يوم التروية الى منى) لما روى جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام توجه قبل صلاة الظهر يوم التروية الى منى وصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر رواه مسلم ولم يبين الشيخ الوقت الذي يخرج منه الى منى يوم التروية وفي المحيط يستحب أن يتوجه بعد الزوال وهو أحد قولي الشافعي وذكر المرغيناني أنه يخرج الى منى بعد ما طلعت الشمس وهو الصحيح لما روينا (ثم) رح (الى عرفات بعد صلاة الفجر) من (يوم عرفة) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام غدا من منى حين طلع الفجر في صبح يوم عرفة حتى أتى عرفة الحديث رواه أحمد وأبو داود وهذا بيان الاولوية ولو راح قبل طلوع الفجر جاز (ثم) بعد ذلك (اخطب) خطبتين بعد الزوال وبعد الاذان قبل الصلاة كخطبة الجمعة ولو خطب قبل الزوال جاز وعلم الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة والافاضة منها ورمي جمرة العقبة يوم النحر والذبح والحلق وطواف الزيارة وقال مالك يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ كالعيد ولنا ما روى أنه عليه السلام خطب مثل ما قلنا (ثم) بعد ذلك (صل) بالناس (الظهر والعصر جميعا (بأذان) واحد (واقامتين) لما روى جابر أنه عليه السلام صلاهما بأذان واقامتين صح ذلك عنه فيكون حجة على مالك في اعتبار الاذانين ولو تطوع بينهما كره له ذلك وأعاد الاذان خلافا لمحمد في رواية والباء في قوله (بشرط الامام و) شرط (الاحرام) تتعلق بمحذوف تقديره انما يجوز الجمع بين الظهر والعصر بشرط الصلاة مع الامام وهو محرم حتى لو صلاهما أو أحدهما منفردا أو غير محرم لا يجوز له الجمع عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط الا الاحرام في حق العصر حتى قالا يجوز للمنفرد أن يجمع بينهما لانه شرع للتفريغ للوقوف والجمع والمنفرد فيه سواء وبه قالت الثلاثة وقال زفر الجماعة شرط في العصر خاصة حتى لو انفرد بالظهر ثم أحرم بالحج جاز له أن يصلي العصر مع الامام في الجمع لان المغير هو العصر فيشترط الاحرام والجمع فيه خاصة دون الظهر وله أنه ثبت بخلاف القياس فمن كان محرما فيهما يجمع ولم يوجد فان قلت ما المراد من الاحرام قلت احرام الحج ثم قيل لا بد منه قبل الزوال ليجوز الجمع وان أحرم بعده لم يجز ذلك والصحيح انه يكتفي بالتقديم على الصلاتين (ثم) رح (الى الموقف) بكسر القاف وهو موضع الوقوف (وقف بقرب الجبل) يعني جبل الرحمة الذي عند الصخرات السود الكبار وهو الجبل الذي بوسط أرض عرفات يقال له الال على وزن هلال

لانه عليه السلام وقف فى ذلك الموضع (وعرفات كلها موقف) يعنى موضع للوقوف (الابطن عرنة) لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر وشعاب مكة كلها منحر رواه البخارى وهو حجة على مالك فى تجويزه الوقوف ببطن عرنة مع الدم وقوله (حامدا) لله تعالى (مكبرا مهللا ملبيا مصليا) على النبى صلى الله عليه وسلم (داعيا) الله تعالى بالحاجة أحوال متداخلة أو مترادفة وذوا الحال الضمير فى قوله وقف وبذلك كله وردت الآثار ويلبى ساعة بعد ساعة وعند مالك يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة لان عليا رضى الله عنه قطعها فيه ولنا ما رواه الفضل بن العباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة رواه البخارى ومسلم (ثم) رح (الى مزدلفة بعد الغروب) أى غروب الشمس من يوم عرفة (وانزل بقرب جبل قزح) لانه هو الموقف لما روى أنه عليه السلام لما أصبح وقف على قزح رواه أبو داود وقال الجوهرى قزح اسم جبل بالمزدلفة وقال الزمخشرى المشعر الحرام قزح وهو الجبل الذى يقف عليه الامام وعليه الميقدة وفى المطالع قزح موقف قريش فى الجاهلية اذ كانت لا تقف بعرفة (وصل بالناس العشاءين) المغرب والعشاء (بأذان) واحد (واقامة) واحدة وقال زفر بأذان واقامتين واختاره الطحاوى لحديث جابر أنه عليه السلام صلاهما بأذان واقامتين رواه مسلم وبه قالت الثلاثة وعنهم بأذانين أيضا ولنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام أذن للمغرب بجمع فأقام ثم صلى العشاء بالاقامة الاولى قال ابن حزم رواه مسلم ويرجح هذا بأن العشاء فى وقته والقوم حضور فلا يحتاج الى الاعلام بخلاف عرفة فان العصر فيها فى غير وقته فلا بد له من الاعلام بها (ولم يجز) صلاة (المغرب) لو صلاها (فى الطريق) أى فى طريق المزدلفة وكذا لو صلاها فى عرفات وقال أبو يوسف تجوز لانه صلاها فى وقتها وبه قال الشافعى ولهما حديث أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال وتوضأ ولم يسبغ الوضوء قلت الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فاسبغ الوضوء الحديث رواه البخارى ومسلم ومعنى الصلاة أمامك وقتها أمامك اذ نفسها لا توجد قبل ايجادها وعند ايجادها لا تكون أمامه وقيل معناه المصلى أمامك أى مكان الصلاة (ثم) بعد ذلك (صل) صلاة (الفجر بغلس) وأصل الغلس ظلام آخر الليل ولكن المراد منه طلوع الفجر الثانى من غير تأخير قبل أن يزول الظلام وينتشر الضياء (ثم) بعد الصلاة (قف) بالمزدلفة حال كونك (مكبرا مهللا ملبيا مصليا) على النبى صلى الله عليه وسلم (داعيا) الله تعالى بحاجتك (وهى) أى المزدلفة (موقف) أى موضع للوقوف (الابطن محسر) لما روينا وهو بتشديد السين المهملة وكسرها ولو وقف فيها فى هذا الوقت أو مر بها جاز كما فى عرفة وقبله أو بعده لا يجوز والمبيت بالمزدلفة سنة وقال مالك والشافعى فى قول واجب والوقوف بها واجب وقال مالك سنة وقال الليث بن سعد ركن (ثم) رح (الى منى بعد ما أسفر) الصبح جدا لما مر من حديث جابر رضى الله عنه (فارم جمرة العقبة) وهى التى عند الشجرة من ناحية مكة ويكون الرمى (من بطن الوادى بسبع حصيات كحصى الخذف) بالخاء والذال المعجمتين وهو الرمى برؤس الاصابع يقال الحذف بالعصا والخذف بالحصا الاول بالمهملة والثانى

بالمجمة وكيفية الرمى أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمى
أن يكون بينه وبين الرامى خمسة أذرع (وكبر) أى قل الله أكبر (بكل) أى مع كل (حصاة)
ولو سبح أجزأه (واقطع التلبية بأولها) أى مع أول حصاة ترميها لما روينا وقال مالك يقطعها
اذا رجع من عرفات وقد ذكرناه ويجوز الرمى بكل ما كان من جنس الارض كالحجر والمدر
والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والملح الجبلى والكحل أو قبضة من تراب والاحجار النفيسة
كالياقوت والزبرجد والزمرد والبلخش والفيروزج والبلور والعقيق بخلاف الخشب والعنبر
واللؤلؤ والذهب والفضة وقال الشافعى لا يجوز الا رمى الحجر ووقته من طلوع الفجر الى غروب
الشمس ويكره قبل طلوع الشمس ويستحب بعده الى الزوال ويباح بعد الزوال الى الغروب
وقال الشافعى يجوز الرمى بعد النصف الاخير من الليل ولنا ما رواه ابن عباس عن النبى صلى
الله عليه وسلم أى بنى لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس رواه أبو داود وصححه الترمذى ورمى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى متفق عليه (ثم) بعد الفراغ من الرمى (اذبح) وهذا
مستحب للمفرد وواجب على القارن والمتمتع (ثم) بعد الذبح (احلق) لما روى أنه عليه السلام
قال للحلاق خذ وأشار الى جانبه الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطيه الناس رواه مسلم وأبو داود
وأحمد (أو قصر) وهو أن يأخذ الرجل والمرأة من رؤس الشعر مقدار الانملة (والحلق أحب)
لقوله عليه السلام اللهم اغفر للمحلقين قالوا يا رسول الله والمقصرين قال اللهم اغفر للمحلقين
قالوا يا رسول الله والمقصرين قال والمقصرين متفق عليه ويكتفى بحلق ربع الرأس لان للربع
حكم الكل وحلق الكل أولى اقتداء به عليه السلام ويجب اجراء الموسى على رأس الاقرع
على المختار (وحل لك غير النساء) لما روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا رميتم وذبحتم فقد حل لكم كل شئ الا النساء وحل لكم الثياب والطيب رواه
الدارقطنى وهو حجة على مالك فى قوله لا يحل له الطيب أيضا (ثم رح) (الى مكة يوم النحر أو غدا)
أى غد يوم النحر (أو بعده) أى أو بعد غد النحر وهذه الايام أيام النحر وهى وقت طواف
الزيارة لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح والاكل منه بقوله فكلوا ثم قال وليطوفوا
فكان وقتهما واحدا وأولها أفضلها كما فى النحر (وطف) اذا أتيت مكة (للركن) أى لاجله
وهذا هو الطواف المفروض فى الحج وهو ركن فيه ويسمى طواف الزيارة وطواف الافاضة
وطواف يوم النحر وطواف الركن (سبعة أشواط بلا رمل) فى الطواف (وسعى) بين الصفا
والمروة (ان قدمتهما) أى الرمل والسعى فى طواف القدوم (والا) أى وان لم تكن قدمتهما
(فعلا) أى الرمل والسعى وكان ينبغى أن يقول والا فعلهما (و) بعد ذلك (حلت لك النساء)
لاجماع الامة على ذلك وحل النساء بالحلق السابق لا بالطواف لان المحلل هو الحلق دون
الطواف غير انه أخر عمله الى ما بعد الطواف فاذا حصل عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعى أخر
عمله الى انقضاء العدة لحاجته الى الاسترداد فاذا انقضت عمل الطلاق عمله فبانت منه (وكره
تأخيره عن أيام النحر) لانه موقت بها وذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى أن آخره آخر أيام
التشريق وفى الغاية ان آخره عند محمد غير موقت ووقت الحلق هو وقت الطواف (ثم رح) (الى
منى فارم الجمار الثلاث) وهى الجمرة الاولى والوسطى والاخيرة (فى ثانى) يوم (النحر بعد

(الزوال) أي زوال الشمس حال كونك (بادئا بما) أي بالجمرة التي (تلي المسجد) أي مسجد الخيف (ثم بما) أي بالجمرة التي (تليها) أي تلي الجمرة الاولى وهي الجمرة الوسطى (ثم بجمرة العقبة) كذلك وردت الآثار (وقف عند كل رمي بعده رمي) فتقف بعد الاولى والثانية ولا تقف بعد الثالثة (ثم) ارم (غدا) أي في غد ثاني النحر وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة (كذلك) أي كما رميت في ثاني النحر (ثم) ارم (بعده) أي بعد غد ثاني النحر وهو اليوم الرابع عشر من ذي الحجة (كذلك) أي كما رميت في اليومين قبله (ان مكثت) في منى وانما علقه به لانه مخير فيه لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى خيره بينهما ونفى الحرج عنهما والافضل أن يمكث ويرمي في اليوم الرابع بعد الزوال (ولو رميت في اليوم الرابع) وهو الثالث من أيام الرمي (قبل الزوال صح) رميك عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وبه قال الشافعي وله أنه لما ظهر التخفيف في هذا اليوم بترك الرمي فلأن يظهر بجميع ساعاته أولى وهو مروي عن ابن عباس أيضا (وكل رمي بعده رمي) كرمي الجمرتين الاولى والوسطى في الايام الثلاث (فارم) حال كونك (ماشيا والا) أي وان لم يكن بعده رمي كجمرة العقبة والجمرة الاخيرة في الايام الثلاث فارم حال كونك (راكبا) يدل عليه ما روي أنه عليه السلام رمى جمرة العقبة راكبا يوم النحر هذا بيان الافضلية وأما الجواز فثابت كيفما كان (وكره أن تقدم ثقلك) بفتح الثاء المثلثة والقاف وهو ما معك من المتاع والحوائج (الى مكة وتقيم بمنى) أي والحال أنك تمكث بمنى لاشتغال القلب بها (ثم رح الى المحصب) وهو الابطح ويسمى الحصباء والبطحاء والخيف وهو ما بين الجبلين جبل عند مقابر مكة وجبل يقابله وليست المقبرة من المحصب والنزول فيه سنة عندنا وقال الشافعي ليس بسنة لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت نزول الابطح ليس بسنة وانما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه كان أسمح لخروجه الى المدينة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولنا ما قال ابن عمر رضي الله عنهما النزول به سنة فقيل له ان رجلا يقول انه ليس بسنة فقال كذب أناخ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم رواه البخاري ومسلم فأي سنة أقوى من هذا فان فعله عليه السلام قصدا وفعل الخلفاء من بعده قد ثبت فيه وقول عائشة وابن عباس ظن منهم فلا يعارض المرفوع والمثبت مقدم على النافي فاذا نزلت في المحصب وقضيت اربك (فطف للصدر) أي لاجله وهو الرجوع لغة فلذلك سمي طواف الصدر ويسمى أيضا طواف الوداع وطواف آخر العهد بالبيت (سبعة أشواط) لانه عليه السلام صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم رقد رقدة ثم ركب الى البيت فطاف به رواه البخاري ولا يرمل فيه لما بينا (وهو) أي طواف الصدر (واجب) وقال مالك والشافعي في قول هو سنة ولو كان واجبا لما سقط عن المكي والحائض ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال كان الناس ينصرفون في كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت رواه مسلم وأحمد وفي رواية الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه وأهل مكة لا يصدرون فلا يجب عليهم (الا على أهل مكة) فانه غير واجب عليهم لما ذكرنا (ثم) اذا فرغت من الطواف (اشرب من زمزم) مستقبلا القبلة متضلعا منه متنفسا فيه مرات رافعا بصرك

الى البيت فى كل مرة ماء صبابه وجهك ورأسك وجسدك وصب عليك ان تيسر وقال عليه السلام انها مباركة انها طعام طعم وشفاء سقم رواه مسلم (و) بعده (التزم الملتزم) وهو ما بين الباب والحجر الاسود قيل يبدأ أولا به ثم يشرب من زمزم والاصح ما ذكره والالتزام أن يلزق وجهه وصدره به (وتشبث) أى تعلق (بالاستار) أى أستار الكعبة كالمتعلق بطرف ثوب مولاه يستغيثه فى خطب جسيم (والتصق بالجدار) أى بجدار البيت شرفه الله تعالى

* هذا (فصل) فى بيان مسائل تتعلق بالوقوف واحوال النساء وأحوال البدن وتقليدها (من لم يدخل مكة) بعد احرامه من الميقات (ووقف بعرفة) مع الحجيج (سقط عنه طواف القدوم) لان طواف الزيارة يغنى عنه كالفرض يغنى عن تحية المسجد ولا شئ عليه لانه سنة (ومن وقف بعرفة ساعة من الزوال) أى من زوال شمس يوم عرفة (الى فجر) يوم (النحر فقد تم حجه) لقوله عليه السلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه رواه بمعناه أبو داود وغيره وصححه الترمذى وقال مالك لا يجوز الاكتفاء بوقوف النهار ولا بد من الوقوف فى جزء من الليل (ولو) وقف حال كونه (جاهلا) بأنه عرفة (أو) حال كونه (نائما أو) حال كونه (مغمى عليه) لانه عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت وقال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ولم يفصل بين أن يكون عالما بعرفة أو لم يكن فيشترط فيه الحصول فقط فان قلت هذا مشكل بالطواف فانه لو طاف هاربا من عدو أو سبع أو طالبا غريما له لم يجزه عن الطواف لعدم النية فكيف أجزتم مع الجهل بكونه عرفة وكلاهما فرض قلت الوقوف ليس بعبادة مستقلة بنفسه ولهذا لا يتنفل به فوجود النية فى أصل تلك العبادة يغنى عن اشتراطها فى ركنه كما فى أركان الصلاة والطواف عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فاشترط فيه أصل النية ولا يشترط فيه تعيين الجهة كما فى صوم رمضان (ولو أهل عنه) أى عن شخص (رفيقه باغمائه) أى بسبب اغمائه (صح) اهلاله عنه عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز ولو أمره بأن يحرم عنه عند عجزه فأحرم عنه عند اغمائه جاز اجماعا لهما ان الاحرام شرط فلا يسقط الا بفعله أو فعل نائبه ولم يوجد وله ان الاستنابة ثابتة دلالة فصار كالثابت نصا كشرب ماء السقاية (والمرأة) والخنثى المشكل فى جميع أفعال الحج (كالرجل) لعموم الاوامر ما لم يقم دليل الخصوص (غير أنها تكشف وجهها) لان احرامها فيه (لا) تكشف (رأسها) لانه عورة وعبارة صاحب المجمع أحسن منه حيث قال وتوافق المرأة الا أنها لا تكشف رأسها الى آخره وكان ينبغى أن يقول والمرأة كالرجل غير أنها لا تكشف رأسها لان المخالفة فيه ولا يحتاج الى ذكر الوجه لانها لا تخالفه فيه ولو قيل انما ذكره ليعلم أنها كالرجل فيه ولو سكت لما علم قلنا الاستثناء ينبه على ما لا يخفى (ولا تلبى جهرا) لان صوتها عورة (ولا ترمل) فى الاطوفة (ولا تسعى) أى لا تهرول (بين الميلين) لانه مخل بستر العورة (ولا تحلق) لانه مثلة فى حقها (وتقصر) لقوله عليه السلام انما على النساء التقصير رواه أبو داود (وتلبس المخيط) لان فى لبس غيره كشف عورتها (ومن قلد بدنة تطوع) بأن يعلق على عنقها قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجر ونحو ذلك مما يكون علامة على أنه هدى (أو) قلد بدنة (نذر أو) قلد (جزاء صيد أو نحوه) كبدن المتعة وبدن القران (وتوجه معها) أى

مع البدنة والدليل أنه (يريد الحج فقد أحرم) أى صار محرما لقول ابن عمر رضى الله عنهما اذا قلد الرجل هديه فقد أحرم وهو محمول على ما اذا ساقه لان سوقه بعد التقليد فى معنى التلبية فبمجرد التقليد لا يصير محرما وقال الشافعى لا يصير محرما الا بالاحرام ولو اشترك جماعة فى بدنة فقلدها أحدهم صاروا محرمين ان كان ذلك بأمر البقية وساروا معها (فان بعث بها) أى بالبدنة التى قلدها (ثم توجه) هو (لا) يصير محرما (حتى يلحقها) لانه اذا أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الحج فيصير محرما كما لو ساقها من الابتداء (الا فى بدنة المتعة) فانه يصير محرما بمجرد توجهه لكن اذا نوى الاحرام لان لهذه البدنة نوع اختصاص ببقاء الاحرام بسببه فان المتمتع اذا ساق ليس له التحلل فكذا فى ابتداء الشروع يختص بأن يصير محرما بنفس التوجه وقال أبو اليسر ينبغى أن يكون هدى القران كذلك (فان جللها) أى فان جلل البدنة بأن وضع عليها جلا (أو أشعرها) من الاشعار وهو الطعن فى سنام الهدى من جانبها الايمن وهو مكروه عند أبى حنيفة خلافا لهما (أو قلد شاة لم يكن محرما) وان ساقها الان ذلك ليس من خصائص الحج اما عندهما وان كان الاشعار حسنا ولكنه قد يفعل للمعالجة (والبدن) بضم الباء جمع بدنة يكون عندنا (من الابل والبقر) لانهما من البدانة وهى الضخامة وهى موجودة فيهما وقال الخليل ان البدنة ناقة أو بقرة تهدى الى مكة قال النووى وهو قول أكثر أهل اللغة وقال الشافعى البدن من الابل خاصة وقال مالك ان عجز عن الابل يكون من البقر

هذا (باب) فى بيان أحكام (القران)

وهو مصدر من قرنت بين شيئين اذا جمعت بينهما والقارن الجامع بين الحج والعمرة (هو) أى القران (أفضل) من التمتع والافراد (ثم التمتع) أفضل من الافراد (ثم الافراد) وقال الشافعى الافراد أفضل ثم التمتع ثم القران وهو قول مالك وأحمد وعن أحمد التمتع أفضل ثم الافراد ثم القران وعن أبى حنيفة أن الافراد أفضل من التمتع كمذهب الشافعى لهم قوله عليه السلام القران رخصة فالعزيمة أولى ولنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله واتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله كذا فسرته الصحابة وهو القران وحديث أنس رضى الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا رواه البخارى ومسلم وعن على رضى الله عنه قال أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال كيف أهللت قلت أهللت باهلالك فقال انى سقت الهدى وقرنت رواه أبو داود والنسائى وقوله القران رخصة نفى قول أهل الجاهلية ان العمرة فى أشهر الحج من أفجر الفجور أو سقوط سفر العمرة صار رخصة (وهو) أى القران أى صفته (أن يهل) أى يحرم (بالعمرة والحج) معا (من الميقات) لانه جمع بين شيئين كما ذكرنا (ويقول اللهم انى أريد العمرة والحج فيسرهما لى وتقبلهما منى) وذكر الميقات وقع اتفاقا أو على الغالب لانه لو أحرم بهما من دويرة أهله أو بعدما خرج من بلده قبل أن يصل الى الميقات جاز وصار قارنا بل هو أفضل وكذا لو أحرم بهما داخل الميقات أو أحرم بعمرة ثم بحجة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط (ويطوف ويسعى لها) أى للعمرة أولا (ثم) يطوف ويسعى (للحج كما مر) فى باب المفرد وفى بعض النسخ وهو الاصح ثم يحج كما مر (فان طاف لهما) أى للعمرة والحج (طوافين) متواليين من غير أن يسعى بينهما (وسعى سعيين جاز) لانه أتى

بما هو المستحق عليه (وأساء) بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه بذلك شيء (واذا رمى) جمرة العقبة (يوم النحر ذبح شاة أو بدنة أو سبعها) أي أو سبع البدنة بأن يشترك مع ستة لانه عليه السلام كان قارنا وذبح الهدايا وقال جابر حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنحرنا البعير عن سبعة والبقرة عن سبعة رواه البخاري ومسلم فيكون حجة على مالك في قوله لا تجزئ البدنة الا عن واحد (وصام العاجز عنه) أي عن الهدى (ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة) فيصوم اليوم السابع من ذي الحجة والثامن والتاسع (و) صام أيضا (سبعة) أيام (اذا فرغ) من أفعال الحج (ولو) صام هذه السبعة (بمكة) فانه يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا أن ينوي الاقامة فيها هو يقول ان المراد بقوله تعالى وسبعة اذا رجعتم حقيقة الرجوع ونحن نقول رجعتم بمعنى فرغتم عن أفعال الحج والفراغ سبب الرجوع فاطلق المسبب على السبب (فان لم يصم) الثلاثة في الحج (الى يوم النحر تعين الدم) فلا يجوز أن يصوم الثلاثة ولا السبعة بعدها وقال الشافعي يصوم الثلاثة بعد هذه الايام وقال مالك يصومها في هذه الايام ولنا النهي المعروف عن صوم هذه الايام ولا يؤدى بعدها أيضا لان الهدى أصل وقد نقل حكمه الى بدل موصوف بصفة وقد فاتت فعاد الحكم الى الاصل وهو الهدى (وان لم يدخل القارن (مكة) بل توجه (ووقف بعرفة فعليه دم لرفض العمرة) وعن أبي حنيفة أنه يصير رافضا لعمرته بمجرد التوجه وقال الشافعي لا يصير رافضا بناء على أصله أنه لا يرى الاتيان بأفعال العمرة ولنا أن عائشة رضي الله عنها كانت معتمرة أو قارنة وهو الصحيح فلما حاضت بسرف وقدمت لم تطف لعمرتها حتى مضت الى عرفات فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ترفض عمرتها وتصنع ما يصنع الحاج (و) عليه (قضاؤها) أي قضاء العمرة لتحقق الشروع فيها ويسقط عنه دم القران لانه لم يوفق لاداء النسكين

* هذا (باب) في بيان أحكام (التمتع) *

من المتاع أو المتعة وهو الانتفاع أو النفع وشرعا (هو) أي التمتع (أن يحرم بعمرة من الميقات فيطوف لها) أي للعمرة سبعة أشواط (ويسعى) بين الصفا والمروة سبع مرات (ويحلق) بعد ذلك (أو يقصر) وقد حل منها وقال مالك يتحلل عند فراغه من أفعال العمرة ساق الهدى أو لم يسق من غير حلق ولا تقصير ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال تمتع الناس بالعمرة الى الحج فلما قدم النبي صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس من كان معه هدى فانه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل متفق عليه (ويقطع التلبية بأول الطواف) وقال مالك اذا رأى بيوت مكة وفي رواية عنه اذا وقع بصره على البيت ولنا ما رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه السلام كان يمسك عن التلبية في العمرة اذا استلم الحجر وقال حديث صحيح (ثم يحرم بالحج يوم التروية من الحرم) لانه في معنى المكي وان أحرم قبله جاز وهو أفضل لان فيه مسابقة الى الخير وزيادة في المشقة (ويحج) يعني في تلك السنة لانه لا يكون متمتعا الا به في هذه السنة ويفعل جميع ما يفعله الحاج لانه مفرد بالحج الا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه سعى مرة عقيب طواف القدوم (ويذبح) لانه متمتع (فان عجز)

عن الذبح (فقد مرّ) حكمه فى فصل القران وهو أن يصوم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع الى أهله (فان صام ثلاثة) أيام (من شوّال) قبل أن يحرم بالعمرة ثم أحرم (فاعتمر لم يجز) هذا الصوم (عن الثلاثة) التى ذكرت فى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج لانه أداء قبل وجود السبب فلا يجوز (وصح) أى صوم هذه الثلاثة فى شوّال (لو) صامها (بعد ما أحرم بها) أى بالعمرة (قبل أن يطوف) لها لتحقق السبب وقال الشافعى لا يجوز قبل الاحرام بالحج (فان أراد) الرجل الذى يتمتع (سوق الهدى) معه أحرم وساق الهدى بعده لانه عليه الصلاة والسلام (أحرم) بذى الحليفة (وساق) الهدى بعده (وقلد بدنته بمزادة أو نعل) لانه عليه الصلاة والسلام قلد البدنة وهو أفضل من التجليل وقال الشافعى يقلد أوّلا ثم يحرم (ولا يشعر) البدنة عند أبى حنيفة وقالا يشعر وهو أن يشق أحد جانبى سنامها حتى يخرج منه الدم ثم يلطخ به سنامها والاحسن أن يشق فى الجانب الايسر عند أبى يوسف وعند الشافعى من الجانب الايمن كل ذلك مروى عنه عليه الصلاة والسلام وهو مكروه عند أبى حنيفة لانه مثلة وتعذيب حيوان وعندهما حسن وعند الشافعى سنة لانه عليه الصلاة والسلام فعله وفعله أصحابه وقال الطحاوى ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الاخبار وانما كره اشعار أهل زمنه لانه رآهم يبالغون فيه على وجه يخاف منه الهلاك فرأى سدّ هذا الباب وأما اذا وقف على قطع الجلد دون اللحم فلا بأس به وقيل انما كره ايثاره على التقليد كما كره ايثار نكاح الكتابية على نكاح المسلمة (ولا يتحلل) أى هذا المتمتع الذى ساق الهدى (بعد) فراغه من (عمرته) لانّ سوق الهدى يمنعه من التحلل بخلاف ما اذا لم يسق لانه لا مانع له من التحلل (ويحرم) أى المتمتع السائق الهدى (بالحج يوم التروية) كما ذكرنا فى الذى لا يسوق الهدى (و) احرام المتمتع بالحج (قبله) أى قبل يوم التروية (أحب) سواء كان سائق الهدى أو لا لما ذكرنا وقال الشافعى فى غير واجد الهدى المستحب أن يحرم بالحج قبل السادس (فاذا حلق) المتمتع رأسه (يوم النحر فقد حل من احراميه) احرام العمرة واحرام الحج لانّ الحلق فى الحج كالسلام فى الصلاة فيتحلل به عنهما (ولا تمتع ولا قران لمكى ومن يليها) أى ولا لمن يلى مكة وهم أهل ما دون المواقيت الى الحرم ولا يقال انه اضمار قبل الذكر لانّ المكى دل عليه وليس لهؤلاء الا الافراد عندنا وقال الشافعى لهم التمتع والقران وقال مالك من كان داخل الميقات الى الحرم لهم التمتع والقران وبه قال أحمد لانهم ليسوا من حاضرى المسجد الحرام ولنا أنهم تبع لهم حيث كانت مواطنهم داخل الميقات كأهل مكة فكانوا بمنزلتهم وعن ابن عمر رضى الله عنهما ليس لاهل مكة متعة ومثله عن ابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم (فان عاد المتمتع الى بلده بعد) فراغه من (العمرة و) الحال أنه (لم يسق الهدى بطل تمتعه) لانه ألم بأهله الماما صحيحا فيما بين النسكين وبه يبطل التمتع كذا روى عن ابن عمر وسعيد بن جبير وعطاء وابراهيم وغيرهم من جمهور التابعين رضى الله عنهم ويتأتى فيه خلاف الشافعى لانّ الالمام عنده لا يمنع التمتع حتى أجازه لاهل مكة (وان ساق) الهدى (لا) يبطل تمتعه بالمامه بأهله لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه الهدى وقال محمد يبطل تمتعه لانه ألمّ بأهله بين النسكين وبه قال مالك وأحمد (ومن طاف أقلّ أشواط العمرة) بأن طاف ثلاثة أشواط (قبل أشهر الحج وأتمها) أى العمرة بأن طاف أربعة أشواط البقية (فيها) أى فى أشهر الحج (و) بعد

فراغه منها (حج كان متمتعا) لان للاكثر حكم الكل (وبعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو ما اذا طاف أكثر العمرة قبل أشهر الحج ثم أتمها فيها (لا) يكون متمتعا لما ذكرنا ومالك يعتبر الختم فى أشهر الحج والشافعى يعتبر الاحرام فيها بناء على أصله لان الاحرام من الاركان (وهى) أى أشهر الحج (شوال وذو القعدة وعشر ذى الحجة) كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله ابن الزبير رضى الله عنهم وعن أبى يوسف انها عشر ليال وتسعة أيام من ذى الحجة وقال مالك ذو الحجة كلها من أشهر الحج وفائدة التوقيت بهذه الاشهر أن شيأ من أفعال الحج لا يجوز الا فيها حتى اذا صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز وكذا السعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لا يجوز الا فيها (وصح الاحرام به) أى بالحج (قبلها) أى قبل أشهر الحج (وكره) وقال الشافعى فى الجديد لا يجوز وينعقد عمرة لان الاحرام ركن عنده فلا يجوز قبل الوقت وعندنا هو شرط فيجوز ولكنه يكره كيلا يقع فى المحظورات بطول الزمان وقوله ينعقد عمرة مشكل على قوله لانها فرض عنده كالحج فكيف ينعقد بتحريمة الفرض فرضا آخر هذا خلف (ولو اعتمر كوفى) أى شخص من الكوفة (فيها) أى فى أشهر الحج (وأقام بمكة أو) مدينة (بصرة وحج) من عامه ذلك (صح تمتعه) أما اذا أقام بمكة فلانه أدى نسكين وترفق باسقاط أحد السفرين وهو حقيقة المتعة وأما اذا أقام بيصرة فذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة لان سفره قائم ما لم يعد الى وطنه وعلى قولهما لا يكون متمتعا كما اذا رجع الى أهله وثمرة الخلاف فى وجوب الدم فعنده يجب لانه متمتع وعندهما لا يجب (ولو أفسدها) أى لو أفسد هذا الكوفى العمرة (فأقام بمكة أو بصرة وقضى) عمرته (وحج) من عامه ذلك (لا) يصح تمتعه لان سفره انتهى بالفاسد وصارت عمرته الصحيحة مكية ولا تمتع لاهل مكة (الا أن يعود الى أهله) بعد ما مضى فى الفاسد وبعد ما حل منه ثم قضاها وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا لان عمرته ميقاتية وحجته مكية وهو من أهل الآفاق فيكون متمتعا ضرورة ولو رجع الى البصرة ولم يرجع الى أهله فقضاها لم يكن متمتعا عند أبى حنيفة خلافا لهما (وأيهما) أى أى النسكين وهما العمرة والحج (أفسد) الكوفى الذى يريد التمتع (مضى فيه) أى فى ذلك الذى أفسده لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال (ولا دم) عليه يعنى دم التمتع لانه لم يترفق بأداء النسكين الصحيحين فى سفرة واحدة (ولو تمتع) رجل (وضحى) يعنى ذبح أضحيته يوم النحر (لم تجز) تلك الاضحية (عن) دم (المتعة) لانه أتى بغير ما عليه لان دم التمتع غير الاضحية فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولو تحلل يجب عليه دمان دم المتعة ودم التحلل قبل الذبح وذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير فى المرأة لان الجهل عليهن أغلب أو كانت واقعة امرأة نقلها أبو يوسف عن أبى حنيفة لمحمد كما سمعها منه ووضعها محمد كما سمعها من أبى يوسف (ولو حاضت) المرأة (عند الاحرام أتت) يعنى فعلت (بغير الطواف) بالبيت وهو الوقوفان ورمى الجمار ونحوهما لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة حين حاضت بسرف افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت متفق عليه (ولو) حاضت (عند) طواف (الصدر تركته) أى طواف الصدر لقول ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه ولو طهرت قبل أن تخرج منها يلزمها اللاهلية حينئذ وان جاوزت بيوت مكة ثم طهرت لا تعود

قوله أن يكون آخر عهدهم بالبيت هكذا فى النسخ والذى فى الزيلعى آخر عهدهم بالبيت الطواف اه

وكذا

وكذا لو انقطع دمها فلم تغتسل ولم يذهب وقت صلاة حتى خرجت منها والنفساء كالحائض والكاف فى قوله (كمن أقام بمكة) فى محل النصب على أنه صفة لمصدر محذوف أى تركته تركا كترك من يقيم بمكة طواف الصدر لانه صار من أهلها هذا اذا كانت نيته الاقامة قبل أن يحل النفر الاول وان كانت بعده لا يسقط عند أبى حنيفة ومحمد لانه وجب عليه بدخول وقته وقال أبو يوسف سقط عنه ولا يلزمه الا اذا شرع فيه ثم نوى الاقامة

هذا (باب) فى بيان أحكام (الجنايات)

وهو جمع جناية وهو اسم لفعل محرم شرعا وفى اصطلاح الفقهاء يطلق على ما يكون فى النفوس والاطراف وأصله من جنى الثمر اذا أخذه من الشجر ثم استعمل فى الشر فبقى كذلك (تجب شاة ان طيب محرم عضوا) كاملا مثل الرأس والفخذ والساق وان أكل طيبا كثيرا يجب الدم عند أبى حنيفة وقالا يجب صدقة (والا) أى وان لم يطيب عضوا كاملا بل طيب أقل منه (تصدق) لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم وفى المنتقى اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق وذكر الفقيه أبو جعفر أن الكثرة تعتبر فى نفس الطيب لا فى العضو فان كان كثيرا مثل كفين من ماء الورد وكف من الغالية وبقدر ما يستكثره الناس من المسك يكون كثيرا وان كان قليلا لا فى نفسه والقليل ما يستقله الناس وان كان فى نفسه كثيرا وكف من ماء الورد يكون قليلا وقيل بالتوفيق بينهما هو الصحيح فيقال ان كان الطيب قليلا فالعبرة للعضو وان كان كثيرا فللطيب ثم اعلم أن فى كل موضع وجب فيه الدم تجزئه الشاة الا من جامع بعد الوقوف بعرفة أو طاف للزيارة جنبا أو حائضا أو نفساء وكل موضع وجب فيه صدقة فهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو صاع من شعير الا ما يجب بقتل جرادة أو قمل أو بازالة شعرات قليلة من رأسه أو عضو آخر من أعضائه فان فيه تصدق بما شاء (أو خضب) عطف على قوله ان طيب أى تجب شاة أيضا ان خضب (رأسه بحناء) لانها طيب على ما رواه النسائى والبيهقى وهو حجة على الشافعى فى قوله لا يجب عليه شئ هذا اذا كان مائعا وان كان متلبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم لتغطية الرأس وان خضب رأسه بالوسمة فلا شئ عليه لانها ليست بطيب وانما تغير لون الشعر وفيها زينة وعن أبى حنيفة أن عليه صدقة وعن أبى يوسف ان كان للصداع فعليه دم باعتبار أنه يغلف رأسه (أو ادهن) عطف على ما قبله أى يجب أيضا دم ان ادهن (بزيت) عند أبى حنيفة وقالا صدقة لانه من الاطعمة وقال الشافعى ان استعمله فى الشعر فدم لانه يزيل الشعث وان كان فى غيره فلا شئ عليه وله أنه أصل الطيب فان الروائح تلقى فيه وكونه مأكولا لا ينافى وجوب الدم كالزعفران وهذا الخلاف فى الزيت البحت أى الخالص الذى لا يخالطه طيب اما المطيب بالبنفسج والزنبق والبان ونحوها يجب فيه بالاجماع وهذا اذا استعمله على وجه التطيب أما لو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا شئ عليه بالاجماع وفى التجريد ولو ادهن بالشحم أو بالسمن فلا شئ عليه ولو غسل رأسه بخطمى وجب عليه الدم عند أبى حنيفة خلافا لهما قيل جوابه فى خطمى العراق وجوابهما فى خطمى الشأم (أو لبس) ثوبا (مخيطا أو غطى رأسه يوما) كاملا وقال الشافعى يجب الدم بنفس اللبس لانه محظور احرامه قلنا الارتفاق الكامل لا يحصل الا بالدوام لان المقصود منه دفع الحر والبرد واليوم يشملهما فقدرناه به وعن أبى يوسف اذا لبس

أ كثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة أولا وعن محمد ان لبسه في بعض اليوم يجب عليه من الدم بحسابه ولو كان اللباس كلها من قميص وقباء وسراويل وخفين يوما كاملا لزمه دم واحد لانها من جنس واحد وكذا لو دام أياما وكذا لو نزعه بالليل ولبسه بالنهار الا اذا نزعه على عزم الترك ثم لبسه فانه يجب عليه دم آخر (والا) أي وان لم يلبس ولم يغط يوما كاملا (تصدق) لقصور الجناية (أو حلق) عطف على ما قبله من الذي فيه الدم أي يجب دم ان حلق (ربع رأسه او) ربع (لحيته) أو ربع محجمه لان الربع يحكي الكل وعند مالك لا يجب الا بحلق الكل (والا) أي وان لم يكن قدر ربع (تصدق) لقصور الجناية وعند الشافعي يجب دم ان كان ثلاث شعرات وبه قال احمد والكاف في قوله (كالحالق) في محل النصب على أنه صفة لمصدر محذوف أي تصدق تصدقا كتصدق الحالق شعر رأس غيره يعني اذا حلق رأس غيره يجب عليه صدقة لانه مرتفق بازالة شعث غيره الا أنه دون ارتفاقه لنفسه فيجب التصدق ويجب الدم على المحلوق وقال الشافعي لا شيء على الحالق لانه ارفاق وليس بارتفاق ولكن يأثم فان كان باذنه يجب الفدية على المحلوق وان كان سكت ولم يمنعه فوجهان وبه قال مالك واحمد (او رقبته) بالنصب عطف على قوله ربع رأسه أي أو حلق رقبته (أو) حلق (ابطيه أو) حلق (أحدهما أو) حلق (محجمه) وهو موضع الحجامة فانه يجب دم في حلق أحد هذه الاشياء وان حلق بعض واحد يجب صدقة وقال أبو يوسف ومحمد في حلق المحجم صدقة لانه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم متفق عليه ولو كان يوجب الدم لما باشره ولانه قليل فيجب صدقة وله ان حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها ولا حجة لهما في الحديث لانه يحتمل أنه لعذر ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام لا يباشر ما يوجب الصدقة علينا ويحتمل أنه لم يحلق بل احتجم في موضع لا شعر عليه وهو الظاهر ولم يعتبر الربع في هذه الاعضاء لعدم جريان العادة فيها بالاقتصار على البعض فلا يكون حلق البعض ارتفاقا كاملا حتى لو حلق أكثر أحد ابطيه لا يجب الا الصدقة بخلاف الرأس واللحية فان قلت السنة نتف الابط فكيف ذكر الحلق قلت كذا ذكر في الجامع الصغير أيضا تنبيها على الجواز وان كانت السنة هي النتف (وفي أخذ شاربه حكومة عدل) بأن ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه بحسابه من الطعام حتى اذا أخذ منه نصف ثمن اللحية يجب عليه ربع الدم وانما ذكر الاخذ في الشارب وهو القص لانه هو السنة وهو أن يقص منه حتى يوازي الاطار وهو الحرف الاعلى من الشفة العليا وذكر الطحاوي أن حلق الشارب هو السنة عند أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام أحفوا الشارب وأعفوا اللحى رواه مسلم والاحفاء الاستيصال والاعفاء تركها حتى تكث وتكثر والسنة قدر القبضة فما زاد يقطع (وفي) أخذ محرم (شارب حلال أو قلم أظفاره) أي أي أظفار الحلال يجب (طعام) أي صدقة بطعام كالفطرة وكذا اذا حلق رأسه وكذا اذا فعل بمحرم آخر وعند الشافعي لا يجب شيء على المحرم الحالق لما مر (أو قص) عطف على ما تجب فيه الشاة أي أو تجب شاة ان قص محرم (أظفار يديه ورجليه في مجلس) واحد (أو) قص (يدا) أي أظفار يد واحدة (او) قص (رجلا) أي أظفار رجل واحدة أما في الاول فلانها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق فاذا اتحد المجلس تعتبر المعنى واذا اختلف تعتبر الحقيقة

كاللبس المتفرق وأما فى الثانى فلان للربع حكم الكل وان قص الكل فى مجلسين يجب دمان عندهما لانهما جنايتان وعند محمد دم واحد للتداخل ولو قص من يديه ورجليه خمسة متفرقة يجب دم عنده وصدقة عندهما ولو قص ثلاث أصابع عليه صاع ونصف عندنا وعند زفر والشافعى دم (والا) أى وان لم يكن كذلك بل قص أقل من يد أو رجل فى مجلس (تصدق) لقصور الجناية (كخمسة) أى كما يتصدق فى قص خمسة من الاصابع (متفرقة) وهو نصف صاع من بر بقلم كل ظفر الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء (ولا شئ) على المحرم (بأخذ ظفر منكسر) لانه لا ينمو بعد الانكسار (وان تطيب) المحرم (أو لبس) ثوبا (او حلق) رأسه او لحيته (بعذر) أى بسبب عذر (ذبح شاة) ان شاء (أو تصدق بثلاثة أصوع) من الطعام (على ستة) من المساكين لكل مسكين نصف صاع (أو صام ثلاثة أيام) لما روى عن كعب بن عجرة أنه قال كان بى أذى من رأسى فحملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهى فقال ما كنت أرى ان الجهد بلغ منك ما أرى أتجد شاة قلت لا فنزلت الآية ففدية من صيام أو صدقة أو نسك قال هو صوم ثلاثة أيام أو اطعام ستة مساكين نصف صاع لكل مسكين متفق عليه وفسر النبى صلى الله عليه وسلم النسك بالشاة فيما رواه أبو داود ثم اذا اختار الطعام يجزيه التغدية والتعشية بالاباحة عند أبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا التمليك

*هذا (فصل) فى بيان ما يفسد الحج وما لا يفسده (ولا شئ) على المحرم (ان نظر الى فرج امرأة بشهوة فأمنى) لانه لم توجد منه المباشرة ولهذا لا يفسد به الصوم وعند مالك وأحمد عليه بدنة (وتجب شاة ان قبل) المحرم امرأته بشهوة (أو لمس) امرأة (بشهوة) سواء أنزل أو لم ينزل وكذا اذا جامع فيما دون الفرج وعند الشافعى يفسد احرامه فى جميع ذلك اذا أنزل وعن أحمد يجب بدنة (أو أفسد) المحرم (حجه بجماع فى أحد السبيلين) أى القبل والدبر (قبل الوقوف بعرفة) نبه بالعطف على وجوب الشاة وعند الشافعى بدنة كما لو جامع بعد الوقوف ونبه بقوله أفسد على فساد الحج وهو مجمع عليه وعن أبى حنيفة لا يفسد بالاجماع فى الدبر ولا فرق فيه بين أن يكون ناسيا أو عامدا طائعا أو مكرها كما فى الصوم ولنا فيما قلنا أن رجلا جامع امرأته وهما محرمان فسألا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما اقضيا نسككما وأهديا هديا رواه البيهقى والهدى يتناول الشاة (ويمضى) هذا المفسد فى حجه كما يمضى من لم يفسد (ويقضى) ذلك الحج الفاسد من قابل لما روى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم أنهم قالوا يريقان دما ويمضيان فى حجهما وعليهما الحج من قابل (ولم يفترقا) أى الزوجان اللذان أفسدا الحج بالجماع (فيه) أى فى القضاء وعند زفر يفترقان من عند الاحرام وعند الشافعى يفترقان من المكان الذى وقع فيه الجماع وعند مالك يفترقان من حين خروجهما من المنزل قلنا الافتراق ليس بنسك فى الاداء فكذلك فى القضاء وما نقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم من الافتراق فهو محمول على الاستحباب (و) تجب (بدنة) على المجامع (لو) جامع (بعده) أى بعد الوقوف بعرفة كذا روى عن ابن عباس ولا يعرف ذلك الا سماعا ولو كان قارنا فعليه بدنة لحجه وشاة لعمرته (ولا فساد) لحجه لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وحقيقة التمام غير مراد لبقاء طواف الزيارة وهو ركن فتعين التمام حكما بالامن من الفساد وبفراغ الذمة عن الواجب وعن الشافعى أنه يفسد اذا جامع

قبل الرمى وبه قال مالك وأحمد (أو جامع) عطف على ما فيه وجوب الشاة لا على ما فيه البدنة يعنى وتجب عليه شاة ان جامع (بعد الحلق) لخفة الجناية لوجود الحل فى حق غير النساء وفى المبسوط والبدائع لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة وذكر الوبرى أنه يجب عليه بدنة ولا شئ عليه للعمرة وهذا يخالف ما ذكره القدورى وغيره والصواب مع القدورى (أو) جامع (فى العمرة قبل أن يطوف الاكثر) وهو أربعة أشواط يلزمه شاة أيضا (وتفسد) العمرة (ويمضى) فيها كمن لم يفسد (ويقضى) بعد ذلك (أو) جامع (بعد طواف الاكثر) فى العمرة تجب عليه شاة أيضا (ولا فساد) لعمرته لوجود أكثرها وقال الشافعى تفسد فى الوجهين جميعا وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هى فرض عنده وعندنا هى سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب شاة (وجماع الناسى كالعامد) لاستوائهما فى الارتفاق وكذا جماع النائمة والمكرهة مفسد خلافا للشافعى (أو طاف) عطف على ما فيه وجوب الشاة أى تجب شاة اذا طاف (للركن) أى لاجل طواف الزيارة حال كونه (محدثا) وقال الشافعى لا يعتد به لقوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة ولنا اطلاق قوله تعالى وليطوفوا واشتراط الطهارة بخبر الواحد زيادة على النص وهى نسخ فلا يثبت به والمراد من التشبيه فى الثواب دون الحكم ألا ترى أن الانحراف والمشى فيه لا يفسده ثم الطهارة سنة عند ابى شجاع والصحيح انها واجبة (وبدنة) أى وتجب بدنة (لو) طاف للركن حال كونه (جنبا) كذا روى عن ابن عباس وكذا اذا طاف أكثره جنبا (ويعيد) أى الطواف فى الجنابة والحدث جميعا ليأتى به على وجه الكمال ولم يبين كيفية الاعادة ذكر فى الهداية أنها أفضل ما دام بمكة وقال وفى بعض النسخ وعليه أن يعيد والاصح أنه يؤمر بالاعادة فى الحدث استحبابا وفى الجنابة ايجابا وكذا قال صاحب المجمع ثم اذا أعاده وقد طافه محدثا فلا ذبح عليه وان اعاده بعد أيام النحر وان أعاده وقد طافه جنبا فى ايام النحر فلا شئ عليه وان اعاه بعد لزمه دم عند أبى حنيفة ولو رجع الى أهله وقد طافه جنبا وجب عليه أن يعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه الا أن العود هو الافضل وفى المحيط بعث الدم أفضل (و) يجب عليه (صدقة لو) طاف حال كونه (محدثا للقدوم والصدر) وكذا فى كل طواف هو تطوع ولو طاف للصدر جنبا عليه دم لانه نقص كبير فان قلت قد سويتم بين الواجب والنفل ههنا قلت طواف القدوم وجب بالشروع فيه فاستويا (او ترك اقل طواف الركن) عطف على ما فيه وجوب الشاة أى يجب شاة ان ترك الاقل وهو ثلاثة أشواط من طواف الركن لان النقصان يسير فينجبر بالدم (ولو ترك أكثره) أى أكثر طواف الركن وهو أربعة اشواط فصاعدا (بقى محرما) أبدا حتى يطوفه ولكن فى حق النساء لان للاكثر حكم الكل (أو ترك أكثر الصدر) عطف على ما فيه وجوب الشاة أى يجب شاة أيضا ان ترك الاكثر من طواف الصدر لانه واجب (أو طاف) للصدر حال كونه (جنبا) لما قلنا (و) تجب (صدقة بترك أقله) فيجب لكل شوط نصف صاع من بر ولا يجب فيه دم بخلاف طواف الزيارة وطواف العمرة حيث يجب فيهما الدم بترك الاقل لانهما فرض (أو طاف للركن) أى يجب شاة أيضا لو طاف طواف الزيارة حال كونه (محدثا و) طاف (للصدر) حال كونه (طاهرا فى آخر ايام التشريق) لان طواف الصدر لم ينتقل الى طواف

الزيارة

قوله عند أبى شجاع كذا بخط المؤلف والصواب ابن شجاع كما فى الزيلعى اه من هامش

الزيارة بل على حاله لان اعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وطواف الصدر واجب فالواجب لا ينتقل الى غير الواجب فوجوب الدم بسبب الحدث فى طواف الزيارة (و) يجب (دمان لو طاف للركن) حال كونه (جنبا) وطاف للصدر طاهرا فى آخر ايام التشريق لان طواف الصدر هنا ينتقل الى طواف الزيارة وتلغو نيته الصدر لوجوب ترتيب أفعال الحج فيكون تاركا لطواف الصدر ومؤخرا الطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب دم بترك الصدر بلا خلاف ودم آخر عند أبى حنيفة رضى الله عنه بتأخيره طواف الزيارة عن ايام النحر فيكون دمان عنده ودم واحد عندهما (أو طاف لعمرته) عطف على ما فيه وجوب دم أى يجب دم لو طاف المعتمر لعمرته (وسعى) لها حال كونه (محدثا) لترك الطهارة فى طواف الفرض (ولم يعد) أى ليس عليه أن يعيد الطواف والسعى لوقوع التحلل بأداء الركن والنقصان أيضا يسير وليس عليه فى السعى شئ لانه أتى به على أثر طواف معتد به وهو لا يفتقر الى الطهارة وما دام بمكة يعيد الطواف لتمكن النقصان فيه ويعيد السعى لانه تبع للطواف ولا شئ عليه لارتفاع النقصان بالاعادة ولو أعاد الطواف دون السعى فلا شئ عليه على ما اختاره شمس الائمة وذكر قاضيخان وغيره من شراح الجامع الصغير أنه يجب عليه الدم ولم يقل به أحد (أو ترك السعى) عطف على ما فيه وجوب دم أيضا أى يجب دم لو ترك السعى بين الصفا والمروة لانه واجب فيلزمه الدم بتركه (أو أفاض) أى نزل (من عرفات قبل الامام) بالنهار ولو أفاض بعد غروب الشمس لا شئ عليه وقال الشافعى لا شئ عليه فى الحالين قلنا نفس الوقوف ركن واستدامته الى الغروب واجب لقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب الشمس والامر للوجوب ولو أعاد الى عرفات بعد الغروب لا يسقط عنه الدم فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه يسقط وان عاد قبل الغروب ففيه اختلاف المشايخ (أو ترك الوقوف بالمزدلفة) لانه واجب (أو) ترك (رمى الجمار كلها) فى الايام الاربعة وهى سبعون حصاة سبعة يوم النحر واحدى وعشرون فى ثانى النحر ومثلها فى الثالث ومثلها فى الرابع (أو) ترك (رمى يوم) واحد ولو ترك احدى الجمار الثلاث فى يوم فعليه صدقة الا أن يكون المتروك أكثر من النصف وذلك بأن يرمى عشر حصيات ويترك احدى عشرة حصاة ومعنى وجوب الصدقة بترك الاقل أن يجب عليه لكل حصاة نصف صاع من بر أو صاع من تمر او شعير الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء (أو أخر الحلق) عن وقته (أو) أخر (طواف الركن) أى الزيارة عن ايام النحر يجب عليه دم فيهما عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه فيهما وعلى هذا الخلاف تأخير الرمى وتقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمى ونحر القارن قبل الرمى والحلق قبل الذبح لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذبح ولا حرج وارم ولا حرج وله قول ابن عباس رضى الله عنهما من قدم نسكا على نسك فعليه الدم والمراد بالحرج المنفى فيه الاثم لا الفدية (او حلق فى الحل) فى الحج والعمرة والمراد فى غير الحرم فى ايام النحر وأما اذا خرج فى غير أيام النحر فحلق فى غير الحرم فعليه دمان عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يجب شئ وقال محمد يجب دم واحد وقال زفر ان حلق للحج فى أيام النحر فلا شئ عليه وان حلق بعده فعليه دم والاصل أن الحلق عند أبى حنيفة يختص بمكان وهو الحرم وزمان وهو أيام النحر وعند أبى يوسف لا يختص بواحد منهما وعند محمد يختص بمكان دون زمان وعند زفر يختص بزمان دون مكان واما الحلق للعمرة

فلا يتعين بالزمان بالاجماع (و) يجب (دمان لو حلق القارن قبل الذبح) عند أبي حنيفة دم لترك الترتيب ودم للقران وعندهما ليس عليه الا دم واحد وهو دم القران لتحقق سببه

* هذا (فصل) في بيان جزاء قتل الصيد وهو حيوان ممتنع متوحش بأصل الخلقة برّي وهو ما يكون توالده وتناسله في البرّ وبحري وهو ما يكون توالده في الماء ويحرم على المحرم البرّي دون البحري (ان قتل محرم صيدا أو دل عليه) أي على الصيد (من قتله فعليه الجزاء) لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم وأمّا الدلالة فلما روي في حديث أبي قتادة هل دللتم وقال الشافعي لا يجب عليه شيء بالدلالة (وهو) أي الجزاء (قيمة الصيد بتقويم) رجلين (عدلين في مقتله) بفتح الميم أي في موضع قتل فيه الصيد (أو) في (أقرب موضع منه) أي من مقتله ان كان في برّية (فيشتري) القاتل (بها) أي بالقيمة (هديا وذبحه) ان شاء (ان بلغت) قيمته (هديا أو) ان شاء اشترى بها (طعاما وتصدق به) أي بالطعام على كل مسكين نصف صاع من برّ أو صاعا من تمر أو شعير (كالفطرة) أي كما في صدقة الفطرة (أو) ان شاء (صام عن طعام كل مسكين) يعني عن نصف كل صاع (يوما ولو فضل) من الطعام بعد هذا الحساب (أقل من نصف صاع) ان شاء (تصدق به أو) ان شاء (صام) عنه (يوما) كاملا وهذا عندهما وقال محمد الخيار في تعيين الهدي أو الاطعام أو الصيام الى العدلين فاذا حكما بالهدي فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثل ففي الضبع والظبي شاة وفي الارنب عناق واليربوع جفرة والنعامة جمل والحمار الوحشي بقرة والمعتبر فيما لا مثل له القيمة كما قالا فالخلاف في شيئين في معنى المثل وفيمن له الخيار وبقوله قالت الثلاثة له في خيار الحكمين قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا نصب هديا لوقوع الحكم عليه وفي وجوب المثل فيما له مثل قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم أوجب المثل من النعم ولهما في خيار القاتل ان الوجوب عليه كما في اليمين فالخيار اليه وحكم العدلين لتقدير القيمة وفي وجوبها ان الحيوان غير مضمون بالمثل فيكون مضمونا بالقيمة كالمملوك وأمّا هديا فنصب على الحال يعني فجزاؤه من النعم هديا أي في حال الاهداء والمراد من قوله مثل ما قتل من النعم أي جزاء يماثل المقتول من النعم الوحشي ومثل الحيوان قيمته لان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاذا تعذر ذلك حمل على المثل المعنوي وهو القيمة ثم اذا وقع الاختيار على الهدي لا يجزي الا ما يجوز في الاضحية عند أبي حنيفة فاذا بلغت القيمة ما لا يضحى به كالعناق مثلا لم يجز فيه الا التصدق ولا يصلح العناق جزاء وقالا يصلح ويذبح لعموم قوله من النعم وله ان اراقة الدم ليست بقربة الا في سن مخصوص كما عرف ثم الجزاء عندنا على التخيير المشروح وعند زفر على الترتيب فيجب الهدي أوّلا ثم الاطعام ثم الصيام لان الجزاء في مقابلة الجناية والملائم بحال الجاني هو الترتيب ولنا انّ أو في الآية للتخيير (وان جرحه) أي وان جرح المحرم الصيد (أو قطع عضوه أو نتف شعره ضمن ما نقص) منه اعتبارا للجزء بالكل هذا اذا برئ وبقي أثره وان لم يبق له أثر لا يضمن لزوال الموجب وقال أبو يوسف يلزمه صدقة للألم وعلى هذا لو قلع سنه أو ضرب عينه فابيضت فنبتت له سن وزال البياض وفي البدائع لا يسقط عنه الضمان (وتجب القيمة) كاملة (بنتف ريشه وقطع قوائمه) لانه فوّت عليه الامن (و) كذا تجب قيمة اللبن من (حلبه) لان اللبن من اجزائه (وكسر بيضه) لانه أصل الصيد فتجب قيمة البيض

وان كان

وان كان مذرة لا يجب شئ (و) كذا يجب القيمة فى (خروج فرخ ميت به) أى بالكسر لان الظاهر انه مات به والقياس ان لا يجب به سوى البيضة وكذا لو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا ثم ماتت تجب عليه قيمتهما بخلاف ما اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا حيث يجب ضمان الام ولا يجب ضمان الولد غير الغرة فى الحرة وفى الامة يجب قيمة الام ونصف عشر قيمة الولد لو كان ذكرا أو عشر قيمته لو كان أنثى (ولا شئ بقتل غراب) يأكل الجيف ويبتدئ بالاذى دون العقعق وغراب الزرع (وحدأة وذئب وحية وعقرب) والرتيلا وأم أربعة وأربعين (وفأرة) برية وأهلية (وكلب عقور) وعن أبى حنيفة العقور وغيره والمستأنس والمتوحش منه سواء وعنه لا يجب أيضا بقتل السنور ولو كان بريا (وبعوض ونمل) سوداء أو صفراء التى تؤذى بالعض وما لا يؤذى لا يحل قتلها ولكن لا يضمن لانها ليست بصيد (وبرغوث وقراد وسلحفاة) وخنفساء وقنفذ ووزغة وذباب وزنبور وحلمة وصياح الليل والصرصر وأم حبين وابن عرس لانها من هوام الارض وليست بصيد (وبقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء) قيل كف من طعام وقيل تمرة لان فى القملة ازالة الشعث من بدنه حتى لو قتل قملة ساقطة أو من بدن غيره لا شئ عليه ولو وقع فى ثوبه قمل كثير فألقاه فى الشمس ليموت القمل وجب عليه نصف صاع من بر وان لم يقصد به قتلها فلا شئ عليه وأما الجراد فهو صيد (ولا يجاوز) القيمة (عن شاة بقتل السبع) وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت لانه صيد فكان كمأكول اللحم لان الصيد انما حرم من حيث انه ارتفاق وهو جناية على الاحرام فلا يزاد فيه على الدم وقال الشافعى لا يجب شئ بقتل السبع لانه مجبول على الاذى وبه قال أحمد ولنا انه صيد فتتناوله الآية الا اذا حمل عليه وهو معنى قوله (وان صال) أى السبع أى حمل عليه (لا شئ بقتله) لانه حينئذ فى معنى الفواسق وقال زفر يجب عليه قيمته لان عصمته لا تزول بفعله (بخلاف المضطر) الى الاكل اذا قتل صيدا وأكله يجب عليه الجزاء لان الكلام فى الفعل الاختيارى من الحيوان لا بآفة سماوية (وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاجة وبط أهلى) وهى التى تكون فى المساكن والحياض ولا تطير لالفتها بأصل الخلقة كالدجاج وأما التى تطير فصيد فيجب بقتلها الجزاء وينبغى أن يكون الجاموس على هذا التفصيل فانه فى بلاد السودان وحشى ولا يعرف منه مستأنس عندهم (وعليه) أى على المحرم (الجزاء بذبح حمام مسرول وظبى مستأنس) لانهما صيد بأصل الخلقة وقال مالك يجوز ذبح الحمام المسرول للمحرم لانه ألوف مستأنس (ولو ذبح محرم صيدا حرم) أكله على الذابح وعلى غيره وقال الشافعى يحل لغيره وله اذا حل لانه مذبوح بزكاة غير انه حرم على الذابح لارتكابه النهى ولنا انه تعالى سماه قتلا فدل انه ليس بزكاة (وغرم) الذابح قيمة اللحم (بأكله) من لحم الذى ذبحه عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن الذابح أيضا بأكله لانه ميتة وتناول الميتة لا يوجب الا الاستغفار وله انه لكونه محظور احرامه لا لكونه ميتة (لا) يغرم (محرم آخر) اذا أكل منه كالحلال اذا قتل صيد الحرم فأكل منه (وحل له) أى للمحرم (لحم ما اصطاده حلال وذبحه) الحلال أيضا (ان لم يدل) المحرم (عليه) أى على الصيد (ولم يأمره) أى الحلال (بصيده) لحديث أبى قتادة رضى الله عنه لانه لم يصد حمار الوحش لنفسه خاصة بل صاده له ولاصحابه وهم محرمون فأباحه لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يحرمه بارادته أن يكون لهم هكذا قاله الطحاوى

وقال الشافعي ومالك ان اصطاده الحلال لاجل المحرم لايحل له تناوله لقوله عليه السلام الصيد حلال لكم مالم تصيدوه أو يصاد لكم رواه أبوداود والترمذى قلنا ضعفه يحيى بن معين ولئن صح فهو محمول على ما اذا اصيد له بأمره (وبذبح الحلال صيد الحرم) تجب (قيمة يتصدق بها) أى بالقيمة وقال الشافعي يكفر قياسا على قتل المحرم وفى جواز الهدى روايتان عن أصحابنا (لا) يجوز (صوم) فى هذه المسئلة لان الواجب هو الضمان بقتله والصوم لا يصلح ضمانا وقال زفر يجوز فيه الصوم لان الوجوب باعتبار الجناية فكان كفارة كالمحرم فيجزئه الصوم (ومن دخل الحرم بصيد أرسله) لان بدخوله صار من صيده وقال الشافعي ومالك لا يرسله لان حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد ولو كان معه بازى فأرسله فى الحرم فأتلف حماما لا يجب عليه شئ (فان باعه) أى فان باع الصيد بعد ما دخل به الحرم (رد البيع ان بقى) الصيد لفساد البيع (وان مات) الصيد (فعليه الجزاء) يتصدق بقيمته ولو تبايع الحلالان وهما فى الحرم والصيد فى الحل جاز عند أبى حنيفة خلافا لمحمد (ومن احرم و) الحال انه له (فى بيته أو قفصه صيد لا يرسله) يعنى لا يجب عليه الوصية بارساله وقت الاحرام لان الصحابة رضى الله عنهم أحرموا وفى بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل أنهم أوجبوا ارسالها وقال الشافعي عليه ارساله لانه تعرض للصيد وقيل اذا كان القفص فى يده لزمه ارساله بحيث لا يضيع (ولو أخذ حلال صيدا فأحرم) بعده (ضمن مرسله) عند أبى حنيفة لانه أتلف عليه مالا محترما بخلاف ما اذا أخذه فى حالة الاحرام لانه لم يملكه وقالا لا يضمن لانه آمر بالمعروف وناه عن المنكر (ولا يضمن) المرسل الصيد (لو أخذه) وهو (محرم) بالاجماع لانه بالاخذ لم يملكه لان المحرم لا يملك الصيد بسبب ما بخلاف ما اذا أخذه وهو حلال ثم أحرم لانه ملكه بالاخذ قبل الاحرام فيكون المرسل متلفا عليه (فان قتله) أى الصيد (محرم آخر) فى يد المحرم المذكور (ضمنا) أى القاتل والآخذ فى حالة الاحرام جميعا لوجود الجناية منهما (ورجع آخذه على قاتله) لانه قرر عليه ما كان على شرف السقوط وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع به على غيره (فان قطع حشيش الحرم أو) قطع (شجرا غير مملوك ولا مما ينبته الناس) كالشيح والقيصوم ونحوهما (ضمن قيمته) لقوله عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها (الا فيما) أى فى الذى (جف) لانه حطب وليس بنام فيحل الانتفاع به (وحرم رعى حشيش الحرم وقطعه) بالمناجل لما روينا وقال أبو يوسف يجوز الرعى لمكان الحرج لاسيما فى الزائرين وبه قال الشافعي وأحمد (الا الاذخر) بكسر الهمزة والخاء المعجمة وهو نبت يكون بمكة وفى الطلبة هى حشيشة طيبة الريح لمكان الاستثناء فى الحديث الصحيح (وكل شئ على المفرد به) أى بسببه (دم فعلى القارن دمان) دم لحجته ودم لعمرته وعند الشافعي دم واحد وهذا بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وباحرامين عندنا (الا أن يتجاوز) القارن (الميقات) حال كونه (غير محرم) فانه حينئذ يجب عليه دم واحد لانه لاجل تعظيم البقعة وهى واحدة وقال زفر عليه دمان لانه أخر الاحرامين من الميقات (ولو قتل محرمان صيدا تعدد الجزاء) يعنى على كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد كالحلالين اشتركا فى صيد الحرم ولنا ان هذا كفارة وبدل للمحل وفعل كل واحد كامل فيجب عليهما موجبه بخلاف الحلالين لانه فى حقهما بدل المحل فقط (ولو) اشترك

(حلالان)

(حلالان) فى قتل صيد الحرم (لا) يتعدد الجزاء وهو القيمة لما ذكرنا (ويبطل بيع المحرم صيدا وشراؤه) لان بيعه حيا تعرض له وبعد قتله بيع ميتة بخلاف ما اذا باع لبن الصيد أو بيضه أو الجراد أو شجر الحرم ثم اذا قبض المشترى وعطب فى يده فعليه وعلى البائع الجزاء ويضمن المشترى أيضا للبائع لفساد البيع ولو ردّه على البائع يجب على المشترى الجزاء للتعدى بالتسليم اليه ويبرأ من الضمان للبائع (ومن أخرج ظبية الحرم) من الحرم (فولدت وماتا) أى الام والولد (ضمنهما) لان استحقاق الامن يسرى الى الولد كسائر الصفات الشرعية كالرق والحرية فيضمن الولد كالام فان قلت يشكل على هذا ولد المغصوب حيث لا يضمن قلت الولد فى الظبية حق الله تعالى وهو طالب للردّ بخلاف الغصب لانّ صاحبه لم يطالب حتى لو طلب ومنعه يضمن فعلى هذا لو هلك ولد الظبية قبل أن يتمكن من الردّ لا يضمن وايضا انّ سبب الضمان ازالة الامن وقد وجد فى الولد وفى المغصوب ازالة يد المالك ولم يوجد فعلى هذا يضمن ولد الظبية كيفما كان (فان أدّى جزاءها) أى جزاء الام (فولدت) بعد ذلك (لا يضمن الولد) لانه صيد حل

* هذا (باب) فى بيان حكم (مجاوزة الوقت بغير احرام) *

أراد بالوقت الميقات (من جاوز الميقات) حال كونه (غير محرم ثم عاد) الى الميقات حال كونه (محرما) بحجة أو عمرة وحال كونه (ملبيا أو جاوز) الميقات (ثم أحرم بعمرة ثم أفسد) تلك العمرة ثم عاد الى الميقات من عامه ذلك (وقضى) العمرة التى أفسدها (بطل الدم) الذى وجب عليه فى المسئلتين أما الاولى فهى قول أبى حنيفة وهو انه لا يسقط الا اذا عاد ملبيا وعندهما يسقط بعوده لبى أو لم يلب وعند زفر لا يسقط لبى أو لم يلب وبه قالت الثلاثة ولا خلاف بينهم انه اذا رجع الى الميقات قبل الاحرام فاحرم من الميقات سقط عنه الدم وان رجع بعد ما طاف لا يسقط لزفر ان جنايته لم ترتفع بالعود فصار قياسا على ما لو أفاض من عرفات قبل الغروب وان عاد ولهما أنه تلافى التقصير فى وقته وله أنه لا يكون كاملا الا بالتلبية وأما الثانية فهى قولنا وقال زفر لا يسقط عنه الدم لان بالعود لا ترتفع الجناية ولنا أنه تدارك ما تركه فى وقته حيث لم يشرع فى الافعال بعد فسقط عنه الدم (فلو دخل الكوفى البستان) أى بستان بنى عامر وهى قرية فى داخل الميقات وخارج الحرم (لحاجة) عرضت له (له دخول مكة بلا احرام) لانه التحق بأهل البستان وللبستانى أن يدخل مكة بلا احرام للحاجة فكذا له (ووقته) أى ميقاته اذا أراد الاحرام (البستان) أراد جميع الحل الذى بينه وبين الحرم ولا فرق بين أن ينوى الاقامة فى البستان خمسة عشر يوما أو لم ينو وعن أبى يوسف ان نوى الاقامة فيه أقل من خمسة عشر يوما لا يكون منهم فلا يكون له أن يدخل مكة بغير احرام ولو احرم من البستان للحج ولم يدخل مكة حتى وقف بعرفة اجزأه لانه أحرم من ميقاته ولم يترك نسكا واجبا فلا يلزمه شئ كأهل البستان (ومن دخل مكة بلا احرام وجب عليه أحد النسكين) يعنى الحج أو العمرة لانّ دخوله سبب لوجوب الاحرام سواء قصد الحج أو العمرة أو التجارة أو لم يقصد شيأ وعند الشافعى له أن يدخل مكة بلا احرام ان لم يرد أداء النسك (ثم) انه (اذا حج عما) وجب (عليه) من حجة الاسلام أو حجة منذورة أو عمرة منذورة (فى عامه ذلك صح) عما لزمه (من دخوله

مكة بلا احرام وان تحولت السنة لا) يصح وقال زفر لا يصح وان لم تتحول السنة وهو القياس لان ما وجب فى ذمته دين عليه فلا يتأدى الا بنيته وجه الاستحسان ان الواجب عليه أن يكون محرما عند دخوله مكة تعظيما لها لا أن يكون احرامه لدخولها على التعيين بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا مقصودا فى ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود

هذا (باب) فى بيان حكم (اضافة الاحرام الى الاحرام)

(مكى طاف شوطا) واحدا أو شوطين أو ثلاثة (لعمرة فأحرم بحج رفضه) أى الحج عند أبى حنيفة ويتم العمرة لاتصال الاداء بها فرفضها نقضها ورفضه امتناع عن الاداء فهو أولى ثم يحج لانه وجب بالشروع وهو معنى قوله (وعليه حج وعمرة ودم لرفضه) أى لرفض الحج لتحلله قبل أوانه ثم ان رفض العمرة قضاها لا غير وان رفض الحج قضاه وقضى العمرة كما ذكرنا وقالا يرفض العمرة ويقضيها وعليه دم لرفضها ويمضى فى الحج ولو طاف لها أربعة أشواط يرفض الحج اجماعا لان للاكثر حكم الكل (فلو مضى عليهما) أى على الحج والعمرة (صح) لانه أداهما كما التزمهما غير أنه منهى عنه والنهى لا يمنع المشروعية (وعليه دم) لجمعه بينهما وهو دم جبر حتى لا يجوز له أن يأكل منه بخلاف الافاقى حيث يجوز له الاكل منه لان ذلك دم شكر (ومن أحرم بحج) وفرغ منه (ثم) أحرم (بآخر) أى بحج آخر (يوم النحر لزمه) الثانى (فان حلق فى الحج) (الاول) قبل أن يحرم بالثانى (لزمه) الحج (الآخر) لصحة الشروع (ولا دم) عليه (والا) أى وان لم يحلق فى الحج الاول (لزمه) الآخر (وعليه دم) عند أبى حنيفة (قصر أو لا) أى أو لم يقصر لانه ان قصر يكون جانيا على الثانى وان لم يقصر يكون مؤخر التقصير فى الحج الاول عن وقته وهو أيام النحر وهو يوجب الدم عنده وعندهما ان قصر فعليه دم وان لم يقصر فلا شئ عليه لانه ان قصر فقد جنى على الثانى وان لم يقصر فقد أخر التقصير فلا شئ بتأخيره عن وقته (ومن فرغ من عمرته) التى شرع فيها ولم يبق عليه (الا التقصير فأحرم بأخرى) أى بعمرة أخرى (لزمه دم) للجمع بينهما ثم ان الشيخ فرق بين الحج والعمرة كما ترى فأوجب فيها دما ولم يوجب فى الحج وهو رواية الجامع الصغير وفى الاصل أوجب الدم فى الحج أيضا للجمع بينهما احراما ولا فرق بين الجمعين (ومن أحرم بحج ثم) أحرم (بعمرة) أراد أنه جمع بينهما (ثم وقف بعرفات) قبل أن يدخل مكة (فقد رفض عمرته) بالوقوف (وان توجه اليها) أى الى عرفات (لا) يصير رافضا بخلاف الساعى الى الجمعة بعد أن صلى الظهر فى منزله (فلو طاف) أى الرجل الذى أراد الجمع بين الحج والعمرة (للحج) طواف القدوم (ثم أحرم بعمرة ومضى عليهما) أى على الحج والعمرة بأن قدم أفعال العمرة على أفعال الحج لانه قارن (يجب) عليه (دم) للجمع بينهما وهو دم كفارة وجبر على ما اختاره فخر الاسلام ودم شكر على ما اختاره شمس الائمة وثمرة الخلاف فى جواز الاكل له (وندب) أى استحب (رفضها) أى رفض العمرة فى المسئلة المذكورة لان الحج قد تأكد ببعض افعاله واذا رفضها قضاها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها (وان أهل) أى أحرم (بعمرة يوم النحر لزمته) العمرة لصحة الشروع فيها (ولزمه الرفض) اى رفض العمرة لكراهتها فى هذه الايام (و) لزمه (الدم) لرفضها للتحلل منها (و) لزمه (القضاء) أى قضاؤها لصحة الشروع فيها (فان مضى عليها) أى على العمرة (صح) لان الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا

باداء

باداء بقية أفعال الحج فى هـذه الايام (ويجب) عليه (دم) بالمضى عليها لانه جمع بينهما فى الاحرام أو فى بقية الافعال وقيل اذا أحرم بالعمرة بعد الحلق لا يرفضها كذا فى الاصل والاصح أنه يرفضها (ومن فاته الحج) بفوات الوقوف (فأحرم بعمرة أو) أحرم (بحجة رفضها) أى رفض التى أحرم بها الان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة والجمع بين الحجتين أو العمرتين غير مشروع

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاحصار)

وهو لغة المنع مطلقا يقال حصره العدو وأحصره المرض قال تعالى الذين أحصروا فى سبيل الله وشرعا هو منع الوقوف والطواف فاذا قدر على أحدهما فليس بمحصر (لمن أحصر) عن المضى الى الحج أو العمرة (بعدو) من بنى آدم أو حيوان (او) أحصر بسبب (مرض) أو بسبب ذهاب نفقته فى الطريق (أن يبعث شاة) أى بعث شاة لان أن مصدرية فى محل الرفع على الابتداء وخبره قوله لمن أحصر أو يبعث قيمة شاة فيشترى بها هنالك ويواعد من يذبحها فى الحرم فى يوم بعينه (تذبح عنه) فى ذلك اليوم (فيتحلل) يعنى اذا ذبح عنه يتحلل هو لقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا حلق عليه عندهما لانه حصل له التحلل بالهدى وقال أبو يوسف لابد من الحلق بعد الذبح لانه ان عجز عن أداء المناسك لم يعجز عن الحلق وههنا فى الموضعين خلاف الاول ان الاحصار يكون بما ذكرنا وقال الشافعى لا يكون الا بالعدو لان الآية نزلت فى أصحابه عليه السلام وكانوا منعوا بسبب العدو وبه قال مالك وأحمد قلنا العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب والثانى لا يجوز ذبح الشاة فى مكان الاحصار لقوله تعالى حتى يبلغ الهدى محله وقال الشافعى يجوز أن يذبحها فى مكانه لانه شرع على وجه الرخصة وبه قال مالك وأحمد (ولو) كان المحصر (قارنا بعث دمين) دما لحجته ودما لعمرته لانه محرم بهما فلو بعث بواحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما (ويتوقت) دم الاحصار (بالحرم) وهو المكان (لا) يتوقت (بيوم النحر) وهو الزمان حتى جاز ذبحه فى أى وقت شاء وهذا عند أبى حنيفة لاطلاق النص وقالا يتوقت فى الزمان والمكان كما فى الحلق وهذا الخلاف فى المحصر بالحج وأما المحصر بالعمرة فلا يتوقت بلا خلاف (وعلى المحصر بالحج ان تحلل حجة وعمرة) كذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقال الشافعى يلزمه حجة لا غير لانه شارع فى الحج لا غير قلنا الحجة بالشروع والعمرة بالتحلل هذا اذا لم يقض الحج من عامه ذلك وأما اذا قضاه فيها لا يجب عليه العمرة (وعلى المعتمر) المحصر (عمرة) فقط يعنى اذا تحلل يجب عليه قضاؤها لا غير والاحصار عنها متحقق عندنا خلافا لمالك والشافعى (وعلى القارن) المحصر (حجة وعمرتان) يعنى اذا تحلل لصحة شروعه فى الحج والعمرة فيلزمه بالتحلل قضاؤهما وقضاء عمرة أخرى اذا لم يقض الحجة فى تلك السنة على ما بينا (فان بعث) المحصر بالحج الهدى (ثم زال الاحصار وقدر على) ادراك (الهدى والحج) جميعا (توجه) لاداء الحج وليس له أن يتحلل بالهدى لانه قدر على الاصل (والا) أى وان لم يقدر على ادراكهما (لا) يجب عليه التوجه للعجز وان توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز وتسقط عنه العمرة فى القضاء وان أدرك الهدى دون الحج يتحلل لانه عجز عن الاصل وان أدرك الحج دون الهدى يجوز له التحلل

استحسانا والقياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (ولا احصار بعد ما وقف بعرفة) لانه لا يتصور الفوات بعده ويبقى محرما الى أن يطوف طواف الزيارة (ومن منع بمكة عن الركنين) أى طواف الزيارة والوقوف بعرفة (فهو محصر) لانه تعذر عليه الوصول الى الافعال وانما قال منع ولم يقل أحصر لان الاحصار لا يتحقق بمكة عندنا خلافا للثلاثة (والا) أى وان لم يمنع عن الركنين بل قدر على أحدهما (لا) يكون محصرا أما اذا قدر على الوقوف فلانه أمن من الفوات وأما اذا قدر على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل فلا حاجة الى الهدى

هذا (باب) فى بيان حكم (الفوات) فى الحج

(من فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحل بعمرة وعليه الحج من) عام (قابل) لما روى ابن عمر وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل رواه الدارقطنى ولا يجب عليه الدم عندنا وهو معنى قوله (بلا دم) وقال الحسن بن زياد عليه دم مع القضاء روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وبه قال الشافعى وهو محمول على الاستحباب عندنا (ولا فوت لعمرة) لانها غير موقتة وعليه الاجماع (وهى) أى العمرة أى صفتها (طواف) بالبيت (وسعى) بين الصفا والمروة والطواف ركنها والسعى واجب والاحرام شرط (وتصح) العمرة (فى) جميع (السنة و) لكنها (تكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما روى عن ابن عباس لا تعتمر فى خمسة أيام واعتمر قبلها وبعدها وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت حلت العمرة فى السنة كلها الا فى أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده رواه الهروى (وهى) أى العمرة (سنة) مؤكدة وقيل واجبة وقيل فرض كفاية وقال الشافعى فى القديم تطوع وفى الجديد هى فريضة كالحج لما روى عن رجل من بنى عامر قال يا رسول الله ان أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج والعمرة والظعن قال احجج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والترمذى وصححه ولنا ما روى عن جابر بن عبد الله أنه قال أتى اعرابى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أخبرنى عن العمرة أواجبة هى فقال عليه السلام لا وأن تعتمر خير لك قال الترمذى حديث حسن صحيح ولا حجة له فى حديث العامرى لانه عليه السلام أمره أن يحج ويعتمر عن أبيه ولم يأمره عن نفسه وعن أبيه لا يجب عليه اجماعا فدل على أن ذلك أمر استحباب

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحج عن الغير)

(النيابة) عن انسان (تجزئ فى العبادات المالية) المحضة كالزكوات والعشور والكفارات (عند العجز) عن المباشرة بنفسه لحصول المقصود بفعل النائب (والقدرة) عليها بمباشرته بنفسه (ولم تجزئ) النيابة (فى) العبادات (البدنية) المحضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن والاذكار (بحال) من الاحوال لا عند العجز ولا عند القدرة (وفى المركب منهما) أى من المالى والبدنى كالحج فانه مالى من حيث الاستطاعة ووجوب الاجزية بارتكاب محظوراته وبدنى من حيث الوقوف والطواف والسعى (تجزئ) النيابة (عند العجز) عن المباشرة بنفسه

ولا تجزئ عند القدرة أشار اليه بقوله (فقط) وهذا مبنى على ان للانسان أن يجعل ثواب عمله
لغيره صلاة كان أو صوما أو حجا او صدقة أو قراءة قرآن او ذكرا الى غير ذلك من جميع أنواع
البر وكل ذلك يصل الى الميت وينفعه عند أهل السنة والجماعة وقالت المعتزلة ليس له ذلك ولا
يصل اليه لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال مالك والشافعى يجوز ذلك فى الصدقة
والعبادة المالية وفى الحج ولا يجوز فى غيره من الطاعات كالصلاة والصوم وقراءة القرآن وغيره
ولنا ما روى ان رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كان لى أبوان أبرهما
حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعد موتهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان من البر بعد البر
أن تصلى لهما مع صلاتك وأن تصوم لهما مع صيامك رواه الدارقطنى وما رواه معقل بن يسار
أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرؤا على موتاكم سورة يس رواه ابو داود وما روى
انه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته متفق عليه أى جعل
ثوابه لأمته وهذا تعليم منه عليه السلام أن الانسان ينفعه عمل غيره والآية منسوخة بقوله
تعالى والذين آمنوا وأتبعناهم ذرياتهم الآية قاله ابن عباس وقيل هى خاصة بقوم ابراهيم
وموسى عليهما السلام لانه وقع حكاية عما فى صحفهما بقوله أم لم ينبأ بما فى صحف موسى وابراهيم
الذى وفى وقيل أريد بالانسان الكافر وأما المؤمن فله ما سعى أخوه وقيل ليس له من طريق
العدل وله من طريق الفضل وقيل اللام بمعنى على كما فى قوله ولهم اللعنة أى عليهم (والشرط)
أى شرط جواز الانابة فى الحج (العجز الدائم) فى المنوب (الى وقت الموت) ان كان الحج فرضا بأن
وجب عليه وهو قادر ثم عجز بعد ذلك وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يجب الاحجاج على العاجز
ان كان له مال فلا يشترط أن يجب عليه وهو صحيح وانما اشترط دوام العجز لانه فرض العمر حتى
لو أحج عن نفسه وهو مريض يكون موقوفا فان مات أجزأه وان تعافى بطل وكذا لو أحج عن
نفسه وهو محبوس (وانما اشترط عجز المنوب للحج الفرض لا) يشترط (للنفل) أى للحج النفل
لان بابه أوسع ثم الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره أن أصل الحج يقع عن المحجوج عنه لحديث
الخثعمية وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة (ومن أحرم عن آمريه) بأن
أمره رجلان أن يحج عن كل منهما فأحرم عنهما فالحج له و (ضمن النفقة) لانه خالفهما وان
نوى أحدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا بالاتفاق وان عين أحدهما قبل المضى أى
قبل الطواف والوقوف جاز عندهما وعند أبى يوسف وقع على نفسه وضمن نفقتهما وان أطلق
بأن سكت عن ذكر المحجوج عنه معينا ومبهما قال فى الكافى لا نص فيه وينبغى أن يصح التعيين
ههنا اجماعا لعدم المخالفة (ودم الاحصار على الآمر) عندهما لانه هو الذى ورطه وقال أبو
يوسف على المأمور لان وجوبه لدفع ضرر امتداد الاحرام وهو مختص به (ودم القران ودم)
(الجناية على المأمور) لانه الجانى وصورة دم القران أن يأمره واحد بالقران أو يأمره اثنان
أحدهما بالحج والآخر بالعمرة وأذناله بالقران وأما اذا فعل ذلك بغير اذن فقد صار مخالفا
فيضمن النفقة وانما كان دم القران على المأمور لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع
بين النسكين وهو مختص به (فان مات) المأمور بالحج (فى طريقه يحج عنه) اى عن الميت الاول
الذى كان أوصى بالحج فأحجوا عنه هذا (من منزله بثلث ما بقى) من ماله عند أبى حنيفة وقالا يحج

عنه من حيث مات الحاج عن الموصى ولكن عند أبي يوسف يحج عنه بما بقى من الثلث الاول لان محل الوصية الثلث وعند محمد يحج عنه بما بقى من المال المدفوع اليه المفرز للحج ان بقى شئ والا بطلت الوصية لان افراز الوصى كافراز الموصى بنفسه وعند الشافعى واحمد يحج عنه من جميع ماله وقد عرفت أن الخلاف فى الموضعين فى اعتبار الثلث وفى مكان الحج وكذا الخلاف اذا سرقت نفقة الحاج عن غيره فى الطريق (ومن أهل) اى أحرم (عن أبويه) بحج من غير أمرهما (فعين) بعد ذلك لاحدهما (صح) وكذا لو أحرم عن أحدهما ثم عينه جاز لان من حج عن غيره يجعل ثوابه له وذلك لا يكون الا بعد الاداء ولغت نيته قبل الاداء والله اعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الهدى) *

وهو اسم لما يهدى من النعم الى الحرم ليتقرب به (ادناه) أى أدنى الهدى (شاة) لقول ابن عباس رضى الله عنهما ما استيسر من الهدى شاة (وهو) أى الهدى (ابل وبقر وغنم) ذكورها واناثها وهذا بالاجماع (وما جاز فى الضحايا جاز فى الهدايا) وهو الثنى من الكل الا الجذع من الضأن فانه يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام لاتذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه مسلم وأبو داود والنسائى (والشاة تجوز فى كل شئ الا فى طواف الركن) وهو طواف الزيارة حال كونه (جنبا و) فى (وطء بعد الوقوف) بعرفة قبل الحلق فان فى هذين الموضعين عليه بدنة وقد مر بيانه (ويؤكل من هدى التطوع) بل يستحب الاكل لقوله تعالى فكلوا منها والمراد به ما بلغ الحرم وأما اذا لم يبلغ لا يجوز لصاحبه أن يأكل ولا لغيره من الاغنياء لان القربة فيه بالاراقة انما تكون فى الحرم وفى غيره بالتصدق (و) من هدى (المتعة والقران) لانه دم نسك وقال الشافعى لا يجوز الاكل منهما وعند مالك يأكل من الجميع الا جزاء الصيد وفدية الاذى ونذر المساكين وهدى التطوع لو عطب وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يجوز الاكل من بقية الهدايا لا لصاحبها ولا لغيره من الاغنياء لانها دماء كفارة (وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر) لانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية وذكر القدورى ان دم التطوع يختص بأيام النحر كدم المتعة والقران وفى الاصل ذبحه يجوز قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح وعند الشافعى لا يختص بيوم النحر من الدماء الا الضحايا واشار بقوله (فقط) الى جواز ذبح بقية الهدايا فى أى وقت شاء (والكل) أى كل دم يجب على الحاج خص (بالحرم) لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة (لا) يخص جواز التصدق بالدماء (بفقيره) أى بفقير الحرم بل يجوز التصدق عليهم وعلى غيرهم من الفقراء وقال الشافعى لا يجوز التصدق على غير فقراء الحرم لان الدماء وجبت توسعة لاهل الحرم قلنا هو لسد خلة المحتاج والكل سواء (ولا يجب التعريف بالهدى) وهو أن يذهب به الى عرفات لان المقصود القربة باراقة الدم لا التعريف وعند مالك يجب اذا ساقه من حل وعندنا لو عرف بهدى المتعة والقران كان حسنا لتوقته بيوم النحر فربما لا يجد من يحفظه فيحتاج الى التعريف به (ويتصدق بجلاله) جمع جل (وخطامه) وهو زمامه (ولم يعط أجر الجزار) وهو الذى يذبح (منه) أى من المذبوح لقول على رضى الله عنه أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا (ولا يركبه) أى الهدى (بلا ضرورة) لانه اهانة له لقوله تعالى ومن يعظم شعائر الله الآية الا أنه اذا اضطر الى الركوب لقوله عليه الصلاة والسلام

اركبها

اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها وقال الشافعي ومالك يجوز ركوبه مطلقا الا أن يهزله (ولا يحلبه) أى الهدى لانه جزؤه فلا يجوز أن ينتفع به ولا غيره من الاغنياء فان حلبه وانتفع به أو دفع الى الغنى ضمنه كما فى صوفه ووبره وان ولدت تصدق به أو ذبحه معها وان باعه تصدق بثمنه (وينضح) بالحاء المهملة أى يرش (ضرعه بالنقاخ) بضم النون وبالقاف وهو الماء البارد حتى ينقطع اللبن فان كانت بعيدة من زمان الذبح حلب وتصدق به (فان عطب) أى هلك الهدى حال كونه (واجبا أو تعيب) بأن ذهبت عينه أو انقطعت أذنه ونحو ذلك (أقام غيره مقامه) لانه واجب فى ذمته والمعيب لا يصلح لذلك (والمعيب له) لانه خالص ملكه وعند أحمد وبعض الشافعية يذبحه (ولو) كان الهدى الذى عطب أى قارب الهلاك والمعنى على هذا ههنا أو تعيب (تطوعا نحره وصبغ نعله) أى نعل الهدى وأراد به قلادته (بدمه) ليعلم الناس أنه هدى (وضرب به صفحته) أى صفحة سنامه والصفحة الجانب (ولم يأكله غنى) لانه للفقراء وروى عن قبيصة رضى الله عنه أنه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث معه بالبدن ثم يقول ان عطب منها شئ فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك رواه مسلم وأحمد واحتج به الشافعى وقال لا يجوز أن يأكلها الفقراء من رفقته بل يتركها جزرا للسباع قلنا هو محمول على أنه ورفقته كانوا أغنياء (ويقلد بدنة التطوع والمتعة والقران) لانها دماء نسك وفى التقليد اشهارها ونبه بقوله بدنة على أن الغنم لا تقلد لعدم التعارف بتقليدها وقال الشافعى يقلد الغنم أيضا لقول عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت غنما فقلدها رواه البخارى ومسلم قلنا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وترك الناس بعده ولو كانت سنة معروفة لما تركوه والحديث انفرد به الاسود بن يزيد ولم يذكره غيره وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يقلد غيرها من الدماء كدماء الجنايات والكفارات والاحصار لان الستر بها أليق وفى المحيط يقلد دم النذر لانه دم نسك وعبادة والله أعلم

* هذه (مسائل منثورة) * أى مفرقة غير مرتبة فى أبوابها مثل اللؤلؤ المنثور (ولو شهدوا) أى لو شهد قوم (بوقوفهم) أى بوقوف أهل عرفة (قبل يومه) أى قبل يوم الوقوف بأن شهدوا انهم وقفوا يوم التروية (تقبل) شهادتهم وعليهم الاعادة لان التدارك فيه ممكن فى الجملة بأن يزول الاشتباه يوم عرفة (ولو) شهدوا بوقوفهم (بعده) أى بعد يوم الوقوف بأن شهدوا أنهم وقفوا يوم النحر (لا) تقبل شهادتهم ويجزيهم حجهم لانه شهادة على النفى فلا تقبل ولان التدارك غير ممكن وفى الامر بالاعادة حرج بين وهو مدفوع بالنص (ولو ترك الجمرة الاولى فى اليوم الثانى) من النحر ورمى الجمرة الثانية والثالثة (رمى الكل) بأن رمى الاولى ثم الثانية ثم الثالثة وهذا أفضل لانه راعى الترتيب المسنون (أو) رمى الجمرة (الاولى فقط) لان المتروك هى هذه فيتلافاه فى وقته ولم يكن الا تاركا للترتيب وقال الشافعى لا يجزيه ما لم يعد الكل لان الترتيب عنده شرط (ومن اوجب) على نفسه بالنذر (حجا) حال كونه (ماشيا لا يركب) أى لا يجوز له أن يركب (حتى يطوف للركن) أى طواف الزيارة لانه يجب عليه الايفاء بما التزم كما لو نذر أن يصوم متتابعا ولو ركب اراق دما لانه أدخل فيه التقصير وكذا اذا ركب فى أكثره

وان ركب في الاول يجب عليه بحسابه من الدم وبطواف الركن ينتهي الاحرام فيمشي اليه وطواف الصدر للتوديع وليس بأصل في الحج حتى لا يجب على من لا يودع ولم يبين الشيخ من أين يبتدئ المشي قيل يمشي من الميقات والاصح أنه يمشي من بيته لانه هو المراد في العرف وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وعن أبي حنيفة أنه كره المشي فيه فيكون الركوب أفضل وأتم والصحيح الاول (ولو اشترى) رجل جارية (محرمة) قد أحرمت باذن مولاها (حللها) المشتري ان شاء (وجامعها) وفي الجامع الصغير أو يجامعها والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع كقص ظفر أو شعر ثم يجامعها والثاني يدل على أنه يحللها بالمجامعة والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج وقال زفر ليس له أن يحللها ولكن له الرد بالعيب لانه وجد فيها محل لا يجوز ابطاله وانا أنه تعارض ههنا حق الله وحق العبد فترجح حق العبد باذن الشرع رعاية لحاجة ذي الحاجة وكذا يجوز عندنا تحليل حرة أحرمت بحجة النفل ثم تزوجت وقال زفر لا يجوز وكذا لو أحرم عبد باذن مولاه يجوز له تحليله وقال الشافعي لا يجوز والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (النكاح)

لما فرغ من بيان العبادات شرع في بيان المعاملات لانها تالية لها وقدم النكاح لانه مشتمل على المصالح الدينية والدنيوية ألا ترى انه أفضل من التخلي للنوافل وهو لغة الجمع كما يقال أنكحنا الفرا فسنرى أي جمعنا بين الحمار الوحشي وبين أتانه فسننظر ما يحدث منهما وشرعا (هو) أي النكاح (عقد يرد على ملك المتعة قصدا) أي من حيث القصد واحترز به عن عقد يرد على ملك المتعة ضمنا كالبيع والهبة ونحوهما لان المقصود فيهما ملك الرقبة ويدخل فيها ملك المتعة ضمنا اذا لم يوجد ما يمنعه (وهو) أي النكاح على ثلاثة أنواع لم يذكرها الشيخ الا نوعين الاول (سنة) وهي في حالة الاعتدال لقوله عليه السلام تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيامة وقوله النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني الثاني واجب وهو معنى قوله (وعند التوقان) وهو غلبة الشهوة من تاقت نفسه الى شئ اذا اشتد اشتياقه اليه (يجب) لما روينا من الامر الثالث مكروه وهو اذا خاف الجور لانه انما شرع لمصالح كثيرة فاذا خاف الجور لم تظهر تلك المصالح (وينعقد) النكاح (بايجاب) نحو زوجت وتزوجت (وقبول) نحو قبلت وأجزت (وضعا) أي الايجاب والقبول (للمضي) يعني بصيغة الماضي كما ذكرنا (أو) وضع (أحدهما) للمضي فقط والآخر للمستقبل نحو زوجني فيقول الآخر زوجتك لانه انشاء وهو اثبات أمر لم يكن وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع فاختير فيه لفظ الماضي الذي ينبئ عن الثبوت دفعا للحاجة (وانما يصح) عقد النكاح (بلفظ النكاح) نحو أنكحني فيقول أنكحتك (والتزويج) نحو تزوجني فيقول تزوجتك (وما) أي وبما (وضع لتمليك العين في الحال) كالتمليك والصدقة والبيع والشراء ونحوها لانها ألفاظ تفيد الملك وانه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة واحترز بقوله في الحال عن الوصية لانها التمليك العين بعد الموت لا في الحال وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج وبه قال أحمد لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه ولنا قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية وقوله عليه الصلاة والسلام ملكتكها بما معك من القرآن وردا في النكاح فان قلت هذا خاص

بالنبي

بالنبي صلى الله عليه وسلم بدليل قوله تعالى خالصة لك قال الاختصاص والخلوص في سقوط المهر فافهم والتمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة والسببية طريق من طرق المجاز وبلفظ السلم قيل ينعقد وقيل لا وكذا الصرف فيه قولان وكذا القرض وبالجعل ينعقد على الصحيح ولا ينعقد بلفظ الاجارة والاعارة في الصحيح خلافا للكرخي فيهما ولا بلفظ الاباحة والاحلال والتمتع والاجازة بالزاي المعجمة والرضا واختلف بلفظ لا يعلمان أنه نكاح

(عند حرين) يتعلق بقوله ينعقد أي ينعقد النكاح بحضرة رجلين حرين (أو حر وحرتين) يعني امرأتين حرتين وعند الشافعي لا ينعقد بحضور حر وحرتين لان شهادة النساء لا تسمع عنده الا في الاموال وتوابعها وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي يجوز النكاح بغير شهود وقال الزهري ومالك الاشهاد مستحب والاعلان شرط حتى لو تواضعا على كتمانه بطل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود ثم قول الشيخ عند حرين يدل على أن المراد حضورهما لا سماعهما لان عند للحضرة وفي رواية لا بد من سماعهما ولو عقد بحضرة النائمين جاز على الاصح ولا يجوز بحضرة الاصمين على المختار وبحضرة السكارى صح اذا فهموا وان لم يذكروا بعد الصحو ولو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز وان سمع أحد الشاهدين فأعيد على الآخر فسمعه دون الآخر لم يصح الا في رواية عن أبي يوسف اذا اتحد المجلس ولو كان أحدهما أصم فأعاد عليه صاحبه حتى سمع لا يجوز عند العامة وقال أبو سهل يجوز اذا اتحد المجلس ووصف الحرين بقوله (عاقلين) احترازا عن المجنونين وبقوله (بالغين) عن الصبيين وبقوله (مسلمين) عن الكافرين (ولو) كان الشاهدان (فاسقين) وهو واصل بما قبله (أو) كانا (محدودين) في قذف (أو) كانا (أعميين) فانه يصح العقد بحضرة هؤلاء خلافا للشافعي رحمه الله فانه يشترط العدالة والبصر (أو) كانا (ابني العاقدين) أو ابني أحدهما فانه يصح العقد أيضا وعند الشافعي أيضا على الصحيح وكذا ينعقد بعدوي الزوجين (وصح تزوج مسلم) امرأة (ذمية عند ذميين) أي بحضرة ذميين وقال محمد وزفر والشافعي وأحمد لا يصح لانهما شاهدان في حقهما ولا شهادة للكافر على المسلم ولهما ان الشهادة شرط لثبوت النكاح لا لثبوت المهر وقد أشهد عليهما من يصلح شاهدا عليها فيجوز ثم اذا وقع التناكر بينهما فان كان الزوج هو المنكر لا تقبل شهادتهما عليه وان كانت هي المنكرة قبلت ونظيره ما لو تزوج بشهادة ابنيه من غيرها ثم تجاحدا لا تقبل شهادتهما ان كانت هي المنكرة وان كان الاب هو المنكر تقبل وكذا لو تزوجها بشهادة ابنيها ثم تجاحدا فان كانت هي المنكرة تقبل والا لا ولو تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لا تقبل مطلقا (ومن أمر رجلا أن يزوج صغيرته) أي بنته الصغيرة (فزوجها) المأمور من رجل (عند رجل و) الحال أن (الاب حاضر صح) النكاح لان الاب اذا كان حاضرا يجعل مباشرا فيبقى المأمور المزوج سفيرا ومعبرا فيكون شاهدا مع الرجل فيتم النصاب (والا) أي وان لم يكن الاب حاضرا (لا) يصح لان الرجل يبقى وحده شاهدا وبه لا ينعقد النكاح وقوله أمر رجلا ليس بقيد حتى لو أمر امرأة فعقدت بحضرة رجل وامرأة أخرى والاب حاضر جاز وكذا قوله عند رجل ليس بقيد لانه لو عقد بحضرة امرأتين والاب حاضر جاز وكذا لو زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد وكانت حاضرة

وان كانت غائبة لم يجز وان كانت صغيرة لا يجوز مطلقا وعلى هذا لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة أو وكلته أن يزوجها رجلا فعقد بحضرة رجل واحد أو امرأتين وكان هو حاضرا أو هي حاضرة جاز والا لا بخلاف ما لو وكله أن يزوج عبده فزوجه بحضرة رجل أو امرأتين والعبد حاضر فانه لا يجوز لعدم التوكيل من جهته وان أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر قيل يجوز وقيل لا يجوز ولو زوج عبده البالغ بحضرة رجل وهو حاضر صح وان كان غائبا لا وعلى هذا الامة وقال المرغيناني لا يجوز ثم اذا وقع التجاحد بين الزوجين في هذه المسئلة فللمباشر أن يشهد وتقبل شهادته اذا لم يذكر أنه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه وان بين لا تقبل لانها شهادة على فعل نفسه

* هذا (فصل في) بيان (المحرمات) بأنواعها (حرم تزوج أمه وبنته وان بعدتا) أي الام والبنت عنه كأم الام وان علت وبنت البنت كذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الآية والمراد بالامهات الاصول وبالبنات الفروع فلا جمع بين الحقيقة والمجاز (و) حرم أيضا تزوج (أخته وبنتها) أي بنت الاخت (و) حرم أيضا تزوج (بنت أخيه) من الابوين أو من الاب أو من الام (و) حرم أيضا تزوج (عمته) من الاب والام أو من أحدهما (و) حرم أيضا تزوج (خالته) من الابوين أو من أحدهما (و) حرم أيضا تزوج (أم امرأته دخل بامرأته أو لا) أي أو لم يدخل بها لاطلاق النص وقال بشر المريسي ومحمد بن شجاع ومالك أم الزوجة لا تحرم حتى يدخل بها وهو مروي عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم والصحيح ما ذكرنا لاطلاق النص وهو مذهب عمر وابن عباس وعمران بن حصين رضي الله عنهم وجمهور رواية عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود أيضا رضي الله عنهم (و) حرم أيضا تزوج (بنتها) أي بنت امرأته (ان دخل بها) أي بامرأته لثبوت قيد الدخول في النص وسواء كانت في حجره أو في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط خلافا لداود ومن تبعه في اشتراط الحجر بظاهر النص وهو قول علي رضي الله عنه أيضا وقال مالك لا تحرم الربيبة الا اذا كانت صغيرة وقت التزوج وجعلت في حجره وتكفله ولان الكبيرة لا تكون في الحجر (و) حرم أيضا تزوج (امرأة أبيه و) تزوج امرأة (ابنه وان بعدا) أي الاب والابن بأن كان أب الاب أو أب الام أو أب أم الاب وان علا أو كان ابن الابن وان سفل ولا يشترط دخول الابن ولا الاب لاطلاق النص (و) حرم أيضا تزوج (الكل) أي جميع من ذكرت من المحرمات (رضاعا) أي من جهة الرضاع وهن أمه وبنته وأخته وبنات اخوته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها وامرأة أبيه وامرأة ابنه كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب لما تلوناه ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفي حليلة الابن من الرضاع وامرأة الاب من الرضاع خلاف الشافعي بناء على أصله ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم والحجة عليه ما روينا (والجمع) بالرفع عطف على قوله حرم تزوج أمه أي ويحرم الجمع (بين الاختين نكاحا) أي من حيث النكاح لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين (ووطأ) أي من حيث الوطء (بملك يمين) ويجوز الجمع بينهما ملكا بدون الوطء وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال عثمان يجوز الجمع بينهما وطأ أيضا لاطلاق قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وعامة العلماء

على قول على رضى الله عنه ولو قبل احداهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بتمليك أو نكاح أو عتق وعند الثلاثة لا يحرم الدواعى الا فى قول للشافعى رضى الله عنه (فلو تزوج أخت أمته الموطوأة لم يطأ) يعنى لا يجوز له وطء (واحدة منهما) أى من المنكوحة والموطوأة (حتى يبيعها) أى الموطوأة كى لا يكون جامعا بينهما وطأ حقيقة وقال بعض المالكية لا يصح النكاح حتى يحرم الامة على نفسه وقال الشافعى ومالك يجوز له وطء المنكوحة لان الموطوأة حرمت عليه بنكاح أختها والاخرى منكوحة فيحل وطؤها ولنا ماذكرنا (ولو تزوج) رجل (أختين فى عقدين فلم يدر) العقد (الاول) وفى بعض النسخ فى عقدتين فلم يدر الاولى أى العقدة الاولى (فرق بينه) أى بين الرجل (وبينهما) أى وبين الاختين لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية وقيد بعقدين احترازا عما اذا تزوجهما فى عقد واحد فانه لا يجوز نكاحهما بيقين وبقوله فلم يدر الاول احترز به عما اذا درى الاول فانه حينئذ يجوز العقد الاول ويحل وطؤها الا اذا وطئ الثانية فحينئذ تحرم الاولى مادامت الثانية فى العدة ولا يحل وطء الثانية لفساد العقد (ولهما) أى للاختين المذكورتين (نصف المهر) لانه وجب للاولى منهما فيصرف اليهما لعدم الاولوية وقال أبو جعفر الهندوانى هذا اذا ادعت كل واحدة منهما انها هى الاولى ولا بينة لهما اما اذا قالتا لا ندرى أى النكاحين أول لا يقضى لهما بشئ لان المقضى له مجهول والجهالة تمنع صحة القضاء الا أن يتفقا على أخذ نصف المهر فيقضى لهما به وعن أبى يوسف لا يجب لهما شئ للجهالة وعن محمد انه يجب المهر كاملا ثم هذا اذا كان مهراهما متساويين وهو مسمى فى العقد وكان الطلاق قبل الدخول وان كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها وان لم يكن مسمى فى العقد تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وان كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة منهما المهر كاملا وكل ماذكر من الاحكام بين الاختين فهو الحكم بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم وقوله (وبين) عطف على قوله بين الاختين أى ويحرم الجمع أيضا بين (امرأتين أية) أى أية امرأة منهما (فرضت ذكرا حرم النكاح) بينهما كالمرأة وعمتها فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكرا حرم العقد بينهما لانه لو فرضت المرأة ذكرا حرم عليه نكاح عمته ولو فرضت العمة ذكرا حرم عليه نكاح بنت أخيه واذا لم يحرم النكاح بينهما الا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما كما اذا جمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لان احداهما لو كان رجلا وهى الزوجة جاز له أن يتزوج بالاخرى فلم يعم التحريم وقال زفر لا يجوز كما فى الصورة الاولى وهو مذهب ابن أبى ليلى والحسن البصرى وعكرمة وعند داود وعثمان البتى والخوارج يجوز الجمع بين المحارم غير الاختين (والزنا) مبتدأ وهو الوطء فى قبل خال عن ملك وشبهته (والمس) عطف عليه أى من الرجل أو المرأة عمدا أو خطأ أو مكرها أو ناسيا (والنظر) الى الفرج الداخل وقال أبو يوسف الى منابت الشعر وقال محمد الى الشق (بشهوة) عند المس أو النظر (يوجب حرمة المصاهرة) خبره ولو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لا تتعلق به الحرمة وحدها أن تنتشر آلته أو تزداد انتشارا ان كانت منتشرة حتى قيل ان من انتشرت آلته فطلب امرأته وأولجها بين فخذى ابنتها لا تحرم عليه أمها مالم تزدد انتشارا ووجودها من أحدهما

يكفي والشرط أن لا ينزل حتى لو أنزل عند المس أو النظر لم يثبت به حرمة المصاهرة وكذا الوطئ في دبر المرأة لا يثبت وفي الشيخ الكبير والمجبوب والعنين يعتبر تحرك القلب والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة بخلاف المرآة وكذا لو وقفت على الشط فنظر الى الماء فرأى فرجها لا يوجب ولو كانت هي في الماء فرأى فرجها يوجب ويشترط أن تكون المرأة مشتهاة بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس وما دونها غير مشتهاة من غير تفصيل وبنت ثمان أو سبع أو ست ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وعند الشافعي لا تثبت المصاهرة بالزنا لانها نعمة والزنا لا يكون سببا لها ولا بالمس والنظر لانه لا أثر له في الجزئية ولنا اطلاق قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقوله عليه الصلاة والسلام من مس امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها وهو مذهب عمر وعمران بن الحصين وجابر ابن عبد الله وأبي بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين (وحرم تزوج أخت معتدته) وقال الشافعي ومالك وابن أبي ليلى يجوز أن يتزوج تلك اذا كانت العدة عن طلاق بائن وعلى هذا الخلاف سائر محارمها وأربع سواها لارتفاع النكاح بينهما ولنا أن نكاح الاولى باق حكما لبقاء حكمه كالنفقة والتزوج بزوج آخر ولو أعتق أم ولده لا يجوز له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها عند أبي حنيفة خلافا لهما ويجوز لزوج المرتدة أن يتزوج أختها بعد لحاقها بدار الحرب قبل انقضاء عدتها وان عادت مسلمة لا يضر نكاح الاخت وعند أبي يوسف تعود العدة وفي بطلان نكاح أختها له روايتان (و) حرم أيضا تزوج (أمته و) حرم أيضا تزوج (سيدته) للاجماع على بطلان ذلك (و) حرم أيضا تزوج (المجوسية) خلافا لداود وأبي ثور (و) كذا تزوج (الوثنية) لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه لا يحل لانها مشركة لانهم يعبدون المسيح وعزيرا ثم كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود عليهم السلام فهم من أهل الكتاب فيجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم خلافا للشافعي فيما عدا اليهود والنصارى (و) كذا حل تزوج (الصابئية) عند أبي حنيفة خلافا لهما وهذا مبني على أنهم عبدة الاوثان عندهما لانهم يعبدون النجوم وعنده ليس كذلك وانما هم يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة فان كان كما فسره يجوز بالاجماع وان كان كما فسراه لا يجوز بالاجماع (و) كذا يحل تزوج (المحرمة ولو) كان الزوج أيضا (محرما) أو الولي المزوج محرما وقال الشافعي لا يجوز لقوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح وفي رواية لا يخطب رواه مسلم ولنا حديث ابن عباس أنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم رواه مسلم وغيره وحديثه ضعيف قاله البخاري ولئن صح فهو محمول على الوطء لانه الحقيقة أي لا يطأ المحرم ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص فان قلت روى يزيد بن الاصم أنه تزوج بها وهو حلال قلت روايته لا تعارض رواية ابن عباس ولهذا قال عمرو بن دينار للزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي بوال على ساقه أتجعله مثل ابن عباس رضي الله عنهما أو يحمل على أنه أراد بالتزوج البناء بها مجازا لانه سببه فجاز اطلاقه على البناء (و) كذا حل تزوج (الامة ولو) كانت (كتابية) وقال الشافعي ليس

للحر أن يتزوج أمة كتابية ويجوز بالمسلمة بشرط عدم القدرة على الحرة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم أباح نكاح الاماء بشرطين عدم الطول وأن تكون مؤمنة ولنا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وهو عام يدخل تحته الاماء والحرائر وما تلاه يوجب الحكم عند وجود الوصف المذكور عند وجود الشرط ولا يتعرض للنفي ولا للاثبات عند عدمه وتحقيقه فى الاصول (و) كذا حل تزوج (الحرة على الامة لا) يجوز (عكسه) وهو تزوج الامة على الحرة لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وقال الشافعى يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز ذلك برضا الحرة والحجة عليهما ما روينا (ولو) كان العكس (فى عدة الحرة) وهو واصل بما قبله أى لا يجوز تزوج الامة على الحرة وان كان فى عدة الحرة عند أبى حنيفة وقالا يجوز ان كانت العدة من طلاق بائن لان الحرام ادخال الامة على الحرة وهذه مبانة وبه قالت الثلاثة وله ان النكاح باق من وجه كنكاح الاخت فى عدة الاخت (وأربع) بالجر عطف على قوله تزوج الكتابية أى وحل أيضا تزوج أربع (من الحرائر) جمع حرة (والاماء) جمع أمة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وقال الشافعى لا يجوز من الاماء الا واحدة لان جوازه ضرورى وقد اندفعت بواحدة والحجة عليه ما تلونا وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يجوز التزوج أكثر من أربع وعليه اجماع الامة وقال القاسم بن ابراهيم يجوز التزوج بالتسع ومثله عن النخعى وابن أبى ليلى لان الواو للجمع وقال بعض الشيعة والخوارج يجوز ثمانى عشرة امرأة لان الصيغة تفيد التكرار لاجل العدل وأقله مرتان فيكون ثمانى عشرة وعن بعضهم له أن يتزوج ما شاء من غير تعيين لان الصيغة تفيد التكرار من غير حصر وهذا كله خرق للاجماع فلا يسمع والواو بمعنى أو والصيغة تفيد تكرار الناكح لان الخطاب للجميع (وثنتين) عطف على قوله وأربع أى وحل تزوج امرأتين (للعبد) ولا يجوز له أكثر من ذلك لان الرق منصف للنعمة وهو قول عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف وجمهور التابعين وقال مالك يجوز له الاربع للعمومات (و) حل أيضا تزوج (حبلى من زنا) عندهما ولكن لا يطؤها حتى تضع وقال أبو يوسف لا يجوز لانها مشغولة بالولد وبه قال زفر ومالك وأحمد ولهما ان الفراش غير ثابت لعدم حرمتها ولو كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بلا خلاف وعند الشافعى يجوز التزوج والوطء جميعا (لا) يجوز تزوج حبلى (من غيره) أى من غير الزنا وهو أن تكون حبلى من ثابت النسب وعن أبى حنيفة ان كان الحمل من حربى كالمهاجرة والمسبية يجوز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها واعتمدها الطحاوى والكرخى ومنعها محمد والاول أصح (والموطوأة) بالجر عطف على قوله تزوج الكتابية أى وحل أيضا تزوج الموطوأة (بملك) بأن تزوج من وطئها المولى بملك يمين ويدخل تحته أم الولد ما لم تكن حبلى لان فراشها ضعيف ويستحب للمولى أن يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح حل له أن يطأها وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها (أو) الموطوأة بوطء (زنا) بأن رأى امرأة تزنى فتزوجها جاز وله أن يطأها خلافا لمحمد وهذا صريح بأن نكاح الزانية يجوز وكذا نكاح الزانى وهو قول أبى بكر وعمر وابنه وابن عباس رضى الله عنهم وروى عن عائشة وابن مسعود منعه لظاهر قوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان

الآية وعند الجمهور الآية منسوخة بقوله وانكحوا الايامى وبقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم وقيل المراد بالنكاح الوطء كان المعنى والله أعلم الزانية لاينكحها الازان فى حالة الزنا (و) حل أيضا تزوج المرأة (المضمومة الى) امرأة (محرمة) بأن تزوج امرأتين احداهما لاتحل له صح نكاح من تحل وبطل نكاح الاخرى لان المبطل فى احداهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة (والمسمى) من المهر كله (لها) أى للمضمومة التى جاز نكاحها عند أبى حنيفة لان المحرمة لاتزاحمها وقالا يقسم على مهر مثلهما فما أصاب المضمومة لزمه وما أصاب المحرمة لايلزمه لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما ولو دخل بالمحرمة يلزمه مهر مثلها نص عليه فى الزيادات ولا يلزمه الحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده (وبطل نكاح المتعة) وهو أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال أو يقول متعينى نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا فتقول متعتك نفسى ولا بد من لفظ التمتع فيه وقال مالك هو جائز لانه كان مشروعا واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبعه على ذلك أكثر أصحابه من أهل اليمن ومكة وكان يستدل على ذلك بقوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن واليه ذهبت الشيعة وخالفوا عليا رضى الله عنه وأكثر أصحابه والحجة عليهم ماروى أنه عليه السلام حرمها يوم خيبر من رواية على بن أبى طالب رضى الله عنه متفق عليه وروى أنه عليه السلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم فثبت نسخه وروى عن ابن عباس انه أمسك عن الفتوى بها وقال له على انك تائه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء رواه مسلم والمراد فى الآية الاستمتاع منهن بالنكاح والمهر يسمى أجرة قال الله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن (و) بطل أيضا نكاح (المؤقت) بأن تزوج امرأة الى مدة معلومة طويلة أو قصيرة وقال زفر يصح النكاح ويلزم ويبطل اشتراط المدة لانه أتى بالنكاح والشرط والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة ولنا أن مقاصد النكاح لاتحصل بالوقت فكان من شرطه التأبيد ولانه متعة معنى والعبرة للمعانى وعن أبى حنيفة ان ذكر امدة لايعيش مثلهما اليها صح النكاح لانه فى معنى المؤبد ولو تزوجها مطلقا وفى نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يقعد معها نهارا دون الليل (وله) أى للرجل (وطء امرأة ادعت) هى (عليه) أى على الرجل (انه تزوجها وقضى بنكاحها) أى قضى القاضى بالنكاح بينهما (ببينة) قامت (و) الحال أن الرجل (لم يكن تزوجها) قط فى الواقع وهذا عند أبى حنيفة وقالا لايسعه أن يطأها لان القاضى أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار وبه قال الشافعى وله انه قضى بما فى وسعه فوجب القول بنفاذه والشرط أن تكون المرأة محلا للانشاء حتى لو كانت ذات زوج أو فى عدة غيره أو مطلقة منه ثلاثا لاينفذ قضاؤه وعلى هذا الخلاف لو أقامت المرأة البينة ان زوجها طلقها ثلاثا ولم يكن طلقها فقضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ووقعت الفرقة بينهما وحل لها أن تتزوج بغيره ولا يحل للاول أن يطأها بعد القضاء بالفرقة وعند أبى يوسف لاتحل للاول ولا للثانى وعند محمد تحل للاول مالم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها فقد حرمت عليه وأما الثانى فلا تحل له أبدا وعند الشافعى يأتيها الاول سرا والثانى علانية وقد جعل لها زوجين وهو من أقبح الوجوه ولا خلاف بينهم فى الاملاك

المرسلة.

المرسلة أنّ قضاءه لا ينفذ وهو أن يدّعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بأن قال هذا ملكى وأقام البينة عليه وقضى به القاضى لانّ فى الاسباب كثرة وليس بعضها أولى من بعض حتى لو ذكر سببا معينا كان على الخلاف ان كان سببا يمكن انشاؤه من جهة القاضى انشاء مثل البيع والاجارة وأما اذا كان لا يمكن كالارث لا ينفذ قضاؤه اتفاقا وفى الهبة والصدقة روايتان وفى دعوى العتق والنسب ينفذ قضاؤه باطنا والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الاولياء) *

وهو جمع ولىّ (والاكفاء) وهو جمع كفء وكفء الشئ نظيره (نفذ نكاح) امرأة (حرّة مكلفة) أى عاقلة بالغة مسلمة سواء كانت بكرا أو ثيبا (بلا ولىّ) وهو العصبة بان زوّجت هى نفسها هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية وكان أبو يوسف يقول أوّلا انه لا ينعقد الا بولىّ اذا كان لها ولىّ ثم رجع وقال ان كان الزوج كفأ لها جازوا لا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفأ لها أو لم يكن وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولىّ سواء كان الزوج كفأ أو لم يكن ويروى رجوعه الى قولهما وقال الشافعى ومالك وأحمد لا ينعقد بعبارة النساء أصلا لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولىّ وشاهدى عدل ولنا قوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها متفق على صحته وما رووه لم يصح وكذا كل ما روى فى هذا الباب ولهذا قال البخارى وابن معين لم يصح فى هذا الباب حديث يعنى فى اشتراط الولىّ (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) وقال الشافعى ومالك للاب والجد ولاية الاجبار لجهلها بأمر النكاح فأشبهت الصغيرة ولنا قوله عليه السلام البكر يستأذنها أبوها رواه مسلم (وان استأذنها) أى البكر البالغة (الولىّ فسكتت أو ضحكت أو زوّجها) الولىّ (فبلغها الخبر) أى خبر النكاح (فسكتت فهو) أى سكوتها فى الموضعين وضحكها (اذن) منها لقوله عليه السلام لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا وكيف اذنها يا رسول الله قال تسكت رواه مسلم والضحك رضا دلالة فانه علامة السرور والفرح بما سمعت وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا بكت بلا صوت لم يكن ردّا بل حزن على مفارقة أهلها وعليه الفتوى وذكر المرغينانى أنّ دمعها ان كان باردا يكون رضا وان كان حارّا لا يكون رضا ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة لتظهر رغبتها فيه عن رغبتها عنه حتى لو قال لها أريد ان أزوّجك من رجل فسكتت لا يكون رضا ولو قال لها أزوّجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا يزوّجها الولى من أيهم شاء وان قال من جيرانى أو من بنى عمى ان كانوا جماعة يحصون فهو رضا والا فلا ولا يشترط ذكر المهر فى الصحيح ثم انه سوّى بين الاستئذان وبين بلوغ الخبر بالتزويج لانّ وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف بين ان يكون قبل العقد أو بعده وقال محمد بن مقاتل اذا بلغها بعد عقد النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها وعن أبى يوسف أنّ سكوتها بعد العقد يكون ردّا ذكره فى البدائع وقال وهو قول محمد ولو زوّجها الولى بحضرتها فسكتت اختلف المشايخ فيه والاصح أنه رضا ان زوّجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فاجازتهما معا بطلا لعدم الاولوية وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما وعن محمد انهما بطلا ولو زوّجها من غير كفء فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول أبى

يوسف ومحمد ثم المخبران كان وليا فعلى ما ذكرنا ورسول الولي كالولي ولو كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافا لهما (وان استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لان سكوتها لقلة الالتفات الى كلامه فلا يدل على الرضا وذكر الكرخي أن سكوتها عند استئمار الاجنبي يكون رضا والاول أصح وقوله (كالثيب) يشير الى أنه لا بد من نطقها واستدل عليه الشيخ بقوله عليه السلام الثيب تشاور وقلت ليس فيه دلالة على اشتراط النطق فان البكر أيضا تشاور وكذا الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب أيضا بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت ونحوهما وتارة بالدلالة كطلب مهرها أو نفقتها أو تمكينها من الوطء ونحوها فثبت بهذا أنه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وأن رضاهما قد يكون صريحا وقد يكون دلالة غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب لان حياءها قل بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا (ومن زالت بكارتها بوثبة) من موضع (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) وهو اطالة مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها (أو) بسبب (زنا) خفي (فهي بكر) حتى يكون أحكامها أحكام البكر في التزويج لانها بكر حقيقة لان مصيبها أول مصيب وقال الشافعي حكم هذه كحكم الثيب في الجميع والثيب تشاور وأما المذكور في الزنا فهو قول أبي حنيفة لان حياءها أكثر فكانت كالبكر وعندهما كالثيب وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية ولو وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد تكون في حكم الثيب بلا خلاف وانما قيدنا الزنا بالخفاء لانه لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها بلا خلاف وكان ينبغي للشيخ أن يقيده (والقول لها) أي للمرأة (ان اختلفا) أي الرجل والمرأة (في السكوت) بأن قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت بل رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله لانه متمسك بالاصل ولنا أنه يدعي ملك بضعها وهو أمر حادث وهي تنكر حدوثه فكانت هي المتمسكة بالاصل فيكون القول قولها ثم أيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاماها معا فالبينة بينة المرأة وان لم يكن لهما بينة فالقول قولها بلا يمين عند أبي حنيفة وقالا عليها اليمين وسيأتي في كتاب الدعوى (وللولي انكاح الصغير والصغيرة) سواء كانت بكرا أو ثيبا فمدار الاجبار على الصغر عندنا وعند الشافعي على البكارة فتجبر البكر وان كانت بالغة ولا تجبر الثيب وان كانت صغيرة وعند مالك ولاية الاجبار مخصوصة بالاب وحده على الصغيرة وحدها دون الصغير وأما البكر الصغيرة فتجبر اجماعا والثيب الكبيرة لا تجبر اجماعا ومذهبنا منقول عن عمر وعلي والعبادلة وأبي هريرة رضي الله عنهم وكفى بهم حجة وقدوة وحكى الكرخي اجماع الصحابة رضي الله عنهم (والولي) هو (العصبة بترتيب الارث) يعني أولاهم الابن وابن الابن وان سفل ولا يتصور هذا الا في المعتوه والمعتوهة لا في الصغار ثم الاب وأبو الاب وان علا ثم الاخوة الا الاخ من أم ثم الاعمام الا العم من أم ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد كذلك ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والانثى ثم عصبة المولى ثم ذوو الارحام على ما يذكر عن قريب وذكر الكرخي أن الاخ والجد يشتركان في الولاية عند أبي يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح أن الجد أولى بالتزويج بالاجماع والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات وقد أجمع العلماء على العمل به في حق الكبيرة فوجب العمل به في حق الصغيرة لانها أعجز وأمس حاجة (ولهما) أي للصغير والصغيرة (خيار الفسخ بالبلوغ) أي اذا بلغا ان شاآ أقاما على النكاح وان

شاء فسخا لكن (فى غير الاب والجد) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لاخيار لهما فى الكل لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ ولهما أن الولاية نظرية وفى غير نظر الاب والجد خلل وقوله (بشرط القضاء) يتعلق بقوله خيار الفسخ يعنى لهما خيار الفسخ بشرط أن يحكم القاضى بالفسخ لان فى أصله ضعفا فيتوقف عليه كالرجوع فى الهبة بخلاف خيار المخيرة وخيار العتق (وبطل) خيارها (بسكوتها) عند البلوغ (ان علمت) بالنكاح حال كونها (بكرا) ولو لم تعلم به لا يبطل لانها لا تتمكن بالتصرف بحكم الخيار الا بعد العلم به والولى ينفرد بالنكاح فعذرت (لا) يبطل (بسكوته ما لم يرض) يعنى ما لم يقل رضيت (ولو) كان الرضا (دلالة) مثل الوطء والتقبيل وكذلك الجارية ان دخل بها قبل البلوغ ثم بلغت لا يبطل خيارها ما لم تقل رضيت أو يوجد منها ما يدل على الرضا كالغلام اعتبارا لهذه الحالة بحالة الابتداء ثم خيار البلوغ فى حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام وينبغى أن تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته بالليل تختار بلسانها وتقول فسخت نكاحى وتشهد اذا أصبحت تقول رأيت الدم الآن ثم الفرقة بخيار البلوغ لا تكون طلاقا لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها (وتوارثا) اذا مات أحدهما (قبل الفسخ) لانتهاء النكاح بموته سواء مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ويجب المهر كله وان مات قبل الدخول (ولا ولاية) فى الانكاح (لعبد وصغير ومجنون وكافر على مسلمة) لانه لا نظر فى رأيهم ولهذا لا تقبل شهادتهم وللكافر الولاية على الكافرة ولا ولاية لمسلم على كافرة الا أن يكون سيد أمة كافرة أو سلطانا (وان لم يكن عصبة) للانكاح وكان ههنا تامة يعنى وان لم يوجد (فالولاية) حينئذ (للأم ثم للاخت لاب وأم ثم لاب) بخلاف الحضانة فان فيها الاخت لأم أولى من الاخت لاب (ثم لولد الام) ذكورهم واناثهم سواء ثم لاولادهم (ثم لذوى الارحام) مثل العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم الاقرب فالاقرب كما فى ترتيب ذوى الارحام فى الارث فأولاهم الفروع ثم الاصول ثم فروع الاب ثم فروع الجد ثم مولى الموالاة (ثم) بعد هؤلاء تكون الولاية (للحاكم) وهو القاضى ومن نصبه القاضى اذا شرط له الامام فى منشوره وهذا كله عند أبى حنيفة وقال محمد ليس لغير العصبة ولاية لما روينا وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى اكثر الروايات وذكره الكرخى مع محمد والاول أصح وقال محمد اذا عدمت العصبة يكون للامام أو لنائبه وهو القاضى وبه قالت الثلاثة وله انهم ورثته بالقرابة فكانوا كالعصبات وليس للوصى أن يزوج الايتام الا أن يفوض اليه الموصى بذلك (وللابعد) أى للولى الابعد (التزويج بغيبة) الولى (الاقرب) قدر (مسافة القصر) وهى ثلاثة أيام وقال زفر لا يزوجها أحد لقيام ولاية الاقرب وقال الشافعى يزوجها الحاكم هكذا نصب الشارح الخلاف وقال صاحب المجمع ونقدمه أى الابعد على القاضى وقال الشافعى فى أظهر القولين يقدم القاضى وبه قال زفر ولنا أن للابعد ولاية لوجود القرابة الداعية الى الشفقة وولاية الاقرب زالت بالغيبة ثم انه اعتبر مسافة القصر وهو اختيار أكثر المتأخرين قال الشيخ وعليه الفتوى واختار صاحب الهداية التقدير بفوات الكفء باستطلاع رأيه واختار القدورى أن يكون فى بلد لا تصل اليه القافلة فى السنة الا مرة واحدة وفى الواقعات واختار أكثر المشايخ الشهر وهو مروى عن أبى يوسف ومحمد وعن محمد من الكوفة الى الرى

وهو خمسة وعشرون مرحلة وفي رواية من الري الى بغداد وهو عشرون مرحلة وفي الروضة هو قول أبي حنيفة ذكره الطحاوي (ولا يبطل بعوده) أي بعود الولي الاقرب (وولي) المرأة (المجنونة الابن لا الاب) عندهما وقال محمد أبوها وليها لانه أشفق منه ولهما أن الابن مقدم بالعصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا فرق بين الجنون الطارئ والاصلي لوجود العجز وقال زفر لا يزوجها أحد في الطارئ وعن أبي يوسف أنهما وليان فأيهما زوج صح وعند حضورهما يقدم الاب احتراما له ولو كان مكان الاب جد مع الابن فعلى الخلاف المذكور

*هذا (فصل) في بيان أحكام الاكفاء (من نكحت غير كفء فرق الولي) بينهما ان شاء لانه يتضرر به لان الناس يتعايرون بعدم الكفاءة ويبقى أحكامه من ارث وطلاق الى أن يفرق القاضي بينهما والفرقة به لا تكون طلاقا ثم ان كان دخل بها فلها المهر والا فلا وقال مالك ليس له ذلك ولا كفاءة أصلا فلا يعتبر الا في الدين لقوله عليه السلام الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى وقال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم قلنا المراد به في حكم الآخرة وكلامنا في الدنيا (ورضا البعض) أي بعض الاولياء (كالكل) أي كرضا كلهم حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك وقال أبو يوسف اذا رضي بعضهم لا يسقط حق من هو مثله كالدين المشترك ولهما أنه حق واحد فلا يتجزأ كالامان (وقبض المهر) أي قبض الولي مهرها (ونحوه) بالرفع عطفا على القبض أي ونحو قبض المهر كقبول الهدية من الزوج ويجوز الجر عطفا على المهر نحو التجهيز (رضا) لانه تقرير لحكم العقد (لا السكوت) اى لا يكون سكوت الولي رضا لانه محتمل الا اذا سكتت الى أن تلد فيكون رضا دلالة (والكفاءة تعتبر نسبا) لان الناس يتفاخرون بالانساب وقال مالك لا تعتبر الا في الدين كما ذكرنا وعنه لا كفاءة أصلا وعنه تعتبر في الدين والحرية والسلامة عن العيوب وعند الشافعي وأحمد هي معتبرة في الاسلام فقط وعن أحمد في النسب أيضا وفي وجه للشافعية تعتبر في المال والسلامة عن العيوب ثم فرع على ذلك بالفاء بقوله (فقريش أكفاء) أي بعضهم لبعض ولا يعتبر التفاضل بينهم وعن محمد الا ان يكون نسيبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة (والعرب) غير قريش (أكفاء) بعضهم لبعض فان قلت قريش أيضا عرب فكيف عطفه عليه وأفرد قريشا بالذكر قلت لفضيلة قريش أفرده بالذكر فكأنه جنس آخر الا أن سائر العرب ليسوا بأكفاء لقريش وفي المبسوط أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي عنه عليه السلام ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم وبنو باهلة ليسوا بكفء لجميع العرب لانهم معروفون بالخساسة والدناءة لانهم يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ويأكلون نقي عظام الميتة (وحرية) بالنصب عطف على قوله نسبا أي تعتبر الكفاءة أيضا من حيث الحرية (واسلاما) أي ومن حيث الاسلام وهذا في حق العجم لانهم يفتخرون بهما دون النسب (وأبوان فيهما) أي في الحرية والاسلام (كالآباء) أراد أن من له أبوان في الحرية والاسلام يكون كفأ لمن كان له آباء فيهما لان أصل النسب في التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط أكثر من ذلك وعن أبي يوسف انه جعل الاب الواحد كالابوين (وديانة) بالنصب أيضا عطف على نسبا أي تعتبر الكفاءة أيضا من حيث الديانة أي الدين والتقوى عندهما لانه من أعلى المفاخر وقال

محمد لا تعتبر لانه من أمور الآخرة فلا يبنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران وتلعب به الصبيان وعن أبي يوسف ان كان معلنا بالفسق فغير كفء وان كان مستترا فهو كفء وهو قريب من قول محمد رحمه الله (ومالا) أى تعتبر من حيث المال أيضا لانه يقع به التفاخر وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة والمراد بالمهر المعجل وبالنفقة أن يكتسب كل يوم قدر النفقة وقدر ما يحتاج اليه من الكسوة ولا يعتبر أن يكون مساويا لها فى الغنى وهو الصحيح وعن أبي حنيفة ومحمد فى غير رواية الاصول أن من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة وليس بشئ وقيل ان كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفأ وان لم يملك الا النفقة ومن ثم قيل الفقيه العجمى يكون كفأ للعربى الجاهل وقيل فى النفقة تعتبر نفقة ستة أشهر وقيل نفقة شهر وفى الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفأ وان لم يجد نفقتها لا يكون كفأ وان كانت فقيرة (وحرفة) أى تعتبر أيضا من حيث الحرفة وهى الصنائع لان الناس يفتخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وعن أبي حنيفة انه لا يعتبر أصلا لانه يمكنه التحول منها وعن أبي يوسف مثله الا أن يفحش كالحائك والحجام والدباغ (ولو نقصت) المرأة (عن مهر مثلها) حين تزوجت (للولى) أى لوليها (أن يفرق) بينهما ان شاء (أو يتم) الزوج (مهرها) أى مهر مثلها واذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها وبعده لها المسمى وكذا اذا مات أحدهما قبل التفريق وقال أبو يوسف ومحمد ليس له ذلك لان المهر حقها لا حقه ولابى حنيفة أن الاولياء يتفاخرون بغلاء المهر ويتعيرون بقلته فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولى فان قلت لا فائدة فى هذا الاتمام لانها تسقطه قلت فائدته اقامة حق الولى كما اذا كان المسمى أقل من عشرة دراهم يتم لها عشرة اقامة لحق الله تعالى (ولو زوج) الرجل (طفله) أى ولده الصغير (غير كفء) بأن زوج ابنه أمة أو زوج ابنته عبدا (أو زوجه (بغبن فاحش) بأن زوج بنته ونقص من مهرها أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته (صح) عند أبي حنيفة لانه كامل الرأى يختار لولده المنفعة وكذلك الجد حتى لو فعلا ذلك مجانة أو فسقا لا يجوز وقالا لا يجوز تنقيص حقهما فى باب الاموال وبه قالت الثلاثة ثم قيل لا يجوز العقد عندهما أصلا وقيل يجوز ويبطل الحط والزيادة ولو كان بالغبن اليسير يجوز اجماعا والغبن الفاحش ما اذا زوج ابنته الصغيرة بعشرة دراهم ومهر مثلها ألف أو زوج ابنه الصغير بألف درهم ومهر مثلها عشرة دراهم (ولم يجز ذلك) أى تزويج الطفل الصغير غير كفء أو بغبن فاحش (لغير الاب والجد) من الاولياء دفعا للضرر عنه وهذا بلا خلاف

هذا (فصل) فى بيان الوكالة بالنكاح وغيرها * (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) وقال الشافعى وزفر لا يجوز لان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا ولنا أنه معبر وسفير فصلح سفيرا من الجانبين وصورته أن يقول اشهدوا أنى تزوجت فلانة أو زوجتها منى ولا يحتاج الى القبول لانه قد تضمن معنى الشطرين (وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) لما قلنا خلافا للشافعى وزفر وصورته أن يقول اشهدوا أنى زوجت فلانة من نفسى (ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف) فان أجازه السيد نفذ والا بطل وكذا نكاح المكاتب والمدبر وأم الولد وقال مالك يصح نكاح العبد بغير اذن المولى وقال صاحب المجمع لا يجوز نكاح العبد والامة واستدل عليه فى شرحه بقوله عليه السلام أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذى

وعبارة الشيخ أحسن لان عدم جواز عقد هؤلاء لحق المولى فاذا رضى فقد جاز والكاف فى قوله (كنكاح الفضولى) فى محل نصب على أنه صفة لمصدر محذوف تقديره موقوف وقفا كوقف نكاح الفضولى فانه اذا زوج رجلا بغير اذنه أو امرأة بغير اذنها ينعقد موقوفا فان أجازه جاز والا بطل وهو قول مالك وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب والنخعى غير أن مالكا جعل الفرقة طلاقا وهذا يدل على نفوذه من غير لزوم وقال الشافعى هو باطل لعدم الولاية وبه قال أحمد فى رواية ولنا أن ذلك عقد بركنه صدر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه فيتم صونا لكلام المتعاقدين ويتوقف حكمه دفعا للضرر عنه وبه قال أحمد فى رواية (ولا يتوقف شطر العقد) أى نصفه (على قبول ناكح غائب) عندهما بأن يقول اشهدوا أنى زوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد الا أن يقبل أحد فى المجلس لانه شطر العقد وهو لا يتوقف وراء المجلس وقال أبو يوسف ينعقد موقوفا على اجازتهما لان الواحد يصلح عاقدا من الجانبين والاصل فيه أن الواحد يصلح وكيلا من الجانبين ووليا من الجانبين أو أصيلا من جانب ووليا من جانب أو وكيلا من جانب أصيلا من جانب أو وليا من جانب وكيلا من جانب باتفاق أصحابنا الثلاثة ولو كان فضوليا من الجانبين أو من أحدهما لم يتوقف عندهما وعنده يتوقف وعند زفر لا يجوز النكاح بعبارة الواحد أصلا وكذا عند الشافعى الا اذا كان فيه ضرورة مثل الجد فانه يزوج ابن ابنه من بنت ابنه لانه لا يوجد أحد فى درجته حتى يزوجها بخلاف ابن العم اذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز لانه لا ضرورة اليه لانه يمكن أن يزوجها ابن عمها غيره فى درجته وكذا الوكيل لا حاجة اليه (والمأمور بنكاح امرأة) بان أمر رجل رجلا أن يزوجه امرأة واحدة (مخالف) لامره (بامرأتين) أى بتزويجه اياه امرأتين ولا يلزمه واحدة منهما لانه فضولى فيهما لمخالفته أمره وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج فعلى هذا ان مات الزوج قبل أن يختار احداهما كان الميراث ومهر احداهما بينهما وتلزمهما عدة الوفاة (لا) يكون مخالفا بتزويجه اياه (بأمة) غيره عملا بالاطلاق ولو زوجه أمة نفسه لا يجوز ولا فرق بين الآمر أن يكون أميرا أو غيره وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز الا أن يزوجه كفأ وعلى هذا الخلاف اذا زوجه عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة ولو زوجه ابنته الكبيرة لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو زوجه أخته الكبيرة جاز بالاتفاق لعدم التهمة وفى المنتقى وكل رجل رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه بنته الصغيرة أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليها لم يجز وكذا لو وكل رجل امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها لم يجز وكذا اذا أمرت امرأة رجلا أن يزوجها فزوجها من نفسه لم يجز وكذا اذا زوجها غير كفء بالاجماع على الصحيح وفى الخلاصة أمره أن يزوجه امرأة فزوجه صبية جاز قيل هذا قول أبى حنيفة أما عندهما فلا يجوز اذا كانت لا يجامع مثلها كما لو زوجه رتقاء أو قرناء وقيل هذا قول الكل ولو أمره أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو على العكس لا يجوز فلو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة يجوز وفى المنتقى أمره أن أن يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز وان كانت مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز ولو أمره أن يزوجه نكاحا فاسدا فزوجه نكاحا صحيحا لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعا صحيحا جاز

هذا (باب) فى بيان أحكام (المهر)

وهو حكم النكاح لانه يوجبه (صح النكاح بلاذكره) أى بلاذكر المهر لانّ النكاح عقد ازدواج فيتم بالزوجين وأما المهر فواجب شرعا فلم يتوقف على التسمية وكذا يصح مع نفيه خلافا لمالك فيه وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر فى الحال ولا فى الثانى لايصح النكاح (وأقله) أى أقل المهر (عشرة دراهم) سواء كانت مضروبة أوغيرها حتى يجوز وزن عشرة تبرا وان كانت قيمته أقل بخلاف نصاب السرقة وقال مالك مقدر بربع دينار أوثلاثة دراهم وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم وقال ابراهيم النخعى أقله أربعون درهما وعنه عشرون درهما وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهما وكل واحد منهم قدره بنصاب السرقة عنده وقال الشافعى وأحمد ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون مهرا الحديث جابر انه عليه السلام قال من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا أوتمرا فقد استحل رواه أبوداود ولما روى أنّ امرأة تزوجت بنعلين فاجازه عليه السلام رواه الترمذى ولما روى أنّ عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له عليه السلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة ولنا ماروى فى حديث جابر لامهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطنى وفيه مبشر بن عبيد وحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان لكن البيهقى رواه من طرق وضعفها فى سننه الكبير والسهيلى رواه من طرق والضعيف اذا روى من طرق يصير حسنا فيحتج به ذكره النووى فى شرح المهذب وعن على رضى الله عنه انه قال أقل ماتستحل به المرأة عشرة دراهم ذكره البيهقى وأبوعمر بن عبد البر وحديث أبى داود كان فى المتعة وهو منسوخ وحديث الترمذى محمول على المعجل لانّ عادتهم كانت بتعجيل بعض الصداق قبل الدخول والنواة فى حديث الجماعة خمسة دراهم عند الاكثر وعند أحمد ثلاثة دراهم وهو يزيد على دينارين فكيف يحتج به على جواز الفلس وقيل النواة نواة التمر على انه على هذا التقدير محمول على تعجيل بعض الصداق كماذكرنا (فان سماها) أى العشرة (أو) سمى (دونها) أى دون العشرة (فلها) أى فللمرأة (عشرة) دراهم (بالوطء أو الموت) أى موت أحدهما أما فى الاول فلانه سمى مايصلح مهرا فيتأكد بالدخول وينتهى النكاح بالموت وأما فى الثانى فلانّ العشرة فى كونها مهرا لاتتجزأ وذكر بعض مالايتجزأ كذكر كله كالطلاق وقال زفر لها مهر المثل لانه سمى مالايصلح مهرا فصار كأن لم يسم وعند الثلاثة يجب ماسمى وان لم يذكر الخلوة مع انها كالوطء عندنا لانه ذكره فيما بعد (وبالطلاق قبل الدخول تتنصف) العشرة فيجب خمسة دراهم وكذلك يتنصف كل ماسمى مهرا مما فوق العشرة لقوله تعالى فنصف مافرضتم وقال زفر تجب المتعة اذا سمى أقل من عشرة وفى العشرة يجب النصف بلاخلاف ولم يذكر الخلوة أيضا لما ذكرنا (وان لم يسمه) أى المهر (أونفاه) بأن قال لامهر بيننا (فلها) أى فللمرأة (مهر مثلها) من النساء (ان وطئ) المرأة (أومات) الزوج (عنها) أى عن المرأة بلادخول وكذا اذا ماتت هى وقال الشافعى لايجب بنفس العقد شىء وانما يجب بالدخول وبالموت عند بعضهم ولنا ماروى علقمة عن ابن مسعود انه سئل عن رجل تزوج امرأة ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ولم يكن دخل بها فقال

أرى لها مثل صداق نسائها ولها الميراث وعليها العدة فقام أبو الجراح معقل بن سنان الاشجعي فشهد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في تزويج بروع بنت واشق الاشجعية بمثل ما قضيت رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فان قلت فقد روى في بعض الروايات فقام معقل ابن يسار واختلاف الرواية يوجب وهنا في الحديث وأيضا فقد رده علي رضي الله عنه وقال ما نصنع بقول أعرابي بوال على عقبيه قلت قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح وأما معقل فهما اثنان معقل بن سنان ومعقل بن يسار والاختلاف في اسم أبي الراوي اذا كان الراوي مشهورا لا يقدح في روايته وأما ما نقل عن علي رضي الله عنه فقد قال المنذري لم يصح هذا عن علي رضي الله عنه قلت ولئن ثبت هذا عن علي رضي الله عنه فمذهبه انه لا يقبل ما ورد في هذا الباب برواية اعرابي ويخالف غير الاعرابي وهذا مذهب متروك بالاجماع (والمتعة) بالرفع عطف على قوله فلها مهر مثلها أي ولها المتعة (ان طلقها قبل الوطء) وقبل الخلوة أيضا ولم يذكره لما ذكرنا وهذه المتعة واجبة عندنا وقال مالك والليث وابن أبي ليلى مستحبة لقوله تعالى حقا على المحسنين ولنا قوله تعالى فمتعوهن والامر للوجوب (وهي) أي المتعة ثلاثة أشياء (درع) أي قميص (وخمار) وهو ما يخمر به الرأس أي يغطى (وملحفة) بكسر الميم وهي ما تلتحف به من قرنها الى قدمها وهو مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم ويعتبر فيها حالها وهو قول الكرخي وقيل حاله وقال صاحب الهداية هو الصحيح وقيل يعتبر بحالهما حكاه صاحب البدائع وعند الثلاثة هي ما يقدره الحاكم وعن أحمد أدنى ما تجوز فيه الصلاة ثم هي لا تزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم ولا تجب الا اذا حصلت الفرقة من جهته كالطلاق والفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة وردته وابائه عن الاسلام وتقبيله أمها وبنتها بشهوة وان كانت من جهتها فلا تجب كردتها وابائها عن الاسلام وتقبيلها ابن الزوج بشهوة والرضاع وخيار البلوغ وخيار العتق وعدم الكفاءة (وما) أي الذي (فرض بعد العقد) أي بعد ان تزوجها ولم يسم لها مهرا أو نفاه (أو) تزوجها على مهر مسمى ثم (زيد) بعد ذلك ثم طلقها قبل الدخول بها (لا ينصف) المفروض بعد العقد ولا الذي زيد على المسمى بعده بل تجب المتعة في الاول ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد وكان أبو يوسف أولا يقول يتنصف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة عنده وبه قال مالك وأحمد وعن أبي يوسف كقولهما لان هذا النكاح انعقد موجبا لمهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما وقع تعيينا له (وصح حطها) أي حط المرأة من مهرها لانه خالص حقها ولم يذكر الشيخ جواز الزيادة لانه علم مما سبق ضمنا وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة (والخلوة) أي اختلاء الزوج بها من غير مانع عادي و(بلا مرض) فيه أو فيها اذا كان يمنع الجماع أو يلحق به ضرر وقيل هذا في مرضها وأما في مرضه فمانع مطلقا وهو الصحيح (و) بلا (حيض و) بلا (احرام) بحج فرض أو نفل أو عمرة (و) بلا (صوم فرض) كرمضان لا التطوع والمنذور والكفارات والقضاء في الصحيح (كالوطء) في وجوب المهر كاملا وعند الشافعي في الجديد يجب نصف المهر ولا يجب كمال المهر الا بالوطء لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وهذا طلاق قبل المسيس ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض أي دخل في الفضاء وهو المكان

الخالي

الخالى وقد سلمت المبدل فيجب عليه كمال البدل والخلوة قائمة مقام المسيس فلا يكون طلاقا قبل المسيس وقال عليه السلام من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل رواه الدارقطني وحكى الطحاوى اجماع الصحابة فى وجوب المهر بالخلوة وشرط مالك طول المقام معها وحده بالعام * ثم اعلم أن المانع ثلاثة أنواع حسى وهو أن يكون معهما ثالث سواء كان بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل والمجنون والمغمى عليه والصغير الذى لا يعقل لا يمنع وزوجته الاخرى تمنع وعن محمد لا وجاريته لا تمنع بخلاف جاريتها والكلب العقور يمنع وان لم يكن عقورا فان كان للمرأة يمنع وان كان له لا يمنع وطبيعى ككون المرأة رتقاء أو قرناء أو شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع وان كان هو صغيرا لا يقدر على الجماع ذكر فى القنية لا يجب بخلوته كمال المهر وقال شرف الائمة ان كان يشتهى وتتحرك آلته ينبغى أن يكمل وشرعى كالاحرام بحج فرض على ماذكرنا والحيض مانع طبعا وشرعا ثم انما تصح الخلوة اذا كانا فى مكان يأمنان من اطلاع غيرهما عليهما أو تهجم كالدار والبيت ولا تصح فى المسجد والطريق الاعظم والحمام والمفازة من غير خيمة وكذا فى الجبل وفى البيت غير المسقف تصح وكذا على سطح الدار وفى بستان ليس عليه باب لا تصح وفى البدائع الخلوة فى الحجلة والقبة صحيحة ولو كان بينهما سترة من ثوب رقيق قال أبو يوسف لا تصح الخلوة وكذا السترة القصيرة بحيث لو قام رجل رآهما ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم تعرفه لا تصح الخلوة كذا اختاره أبو الليث وقال الفقيه أبو بكر تصح ولو ردت أمها الباب ولم تغلق وهما فى خان يسكنه الناس والناس قعود فى ساحة الخان ينظرون من بعيد فان كانوا مترصدين لهما فى النظر لا تصح والا فتصح وقيل لو كان البيت فى دار بابه مفتوح لا يدخله أحد الا باذن تصح الخلوة (ولو) واصلة بما قبلها يعنى خلوته بها بلا مانع من الموانع المذكورة صحيحة ولو كان الزوج (مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين (او) كان (عنينا) وهو الذى فى آلته فتور (او) كان (خصيا) وهو الذى قلعت خصيتاه وفى المجبوب خلاف أبى يوسف ومحمد لانه أعجز من المريض ولابى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق وقد أتت به ولو جاءت بولد ثبت نسبه منه واستحقت كمال المهر بالاتفاق (وتجب العدة فيها) أى فى الخلوة سواء كانت صحيحة أو غير صحيحة للاحتياط خلافا للشافعى وأصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى مواضع وهى تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى هذه العدة ونكاح أختها وأربع سواها وحرمة نكاح الامة ومراعاة وقت الطلاق فى حقها ولم يقيموها فى مواضع وهى حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاقرب الوقوع (وتستحب المتعة) وهى درع وخمار وملحفة (لكل مطلقة) دخل بها أو لم يدخل وعند الشافعى تجب للمدخول بها (الا للمفوضة) بكسر الواو وهى التى فوضت نفسها الى زوجها يعنى زوجها منه بلا مهر وجوز بعضهم فتح الواو على معنى أن وليها زوجها بغير تسمية المهر قال صاحب المغرب فيه نظر ومعنى الاستثناء أن المفوضة اذا طلقت (قبل الوطء) تجب لها المتعة كما تقدم وهذا التركيب لا يخلو عن خلل لان الذى يفهم منه أن المتعة تستحب لكل مطلقة الا المفوضة فانها لا تستحب لها وليس كذلك فيكون استثناء الواجب عن المستحب فلا يصح لان اسم المستحب لا يطلق على الواجب فى اصطلاحهم وان كان

مستحبا وزيادة والمتعة على أربعة أقسام واجبة كما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لان نصف المهر قام في حقها مقام المتعة (ويجب مهر المثل في) نكاح (الشغار) وهو ان يشاغر الرجل الرجل يعني يزوج ابنته أو أخته على ان يزوجه الآخر ابنته أو أخته أو أمته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقد صحيح ويجب مهر المثل لانه سمى ما لا يصلح مهرا وقال الشافعي العقد باطل لحديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار وليس بينهما صداق رواه الجماعة وعنه عن النبي صلى الله عليه وسلم لا شغار في الاسلام رواه مسلم ولنا ما قلنا والحديث ورد لاخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية أو هو محمول على الكراهة (و) يجب مهر المثل أيضا في التزويج على (خدمة زوج حر للامهار) أي لاجل المهر لها لان المسمى غير مال كما ذكرنا وقال محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم وقالت الثلاثة تجب الخدمة وانما قال زوج حر لانه اذا كان عبدا تجب عليه الخدمة كما يأتي (و) يجب مهر المثل أيضا في التزويج على (تعليم القرآن) لما ذكرنا وقال الشافعي لها تعليم القرآن كما في حديث سهل ابن سعد الساعدي هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا السور التي سماها فقال عليه السلام قد ملكتكها بما معك من القرآن ويروى أنكحتكها أو زوجتكها رواه أبو داود وقلنا ليس فيه دلالة على أن القرآن جعله مهرا ولهذا لم يشترط أن يعلمها وانما معناه ببركة ما معك من القرآن أو بسبب ما معك من القرآن أو لاجل أنك من أهل القرآن كتزوج أبي طلحة على اسلامه وهو لا يصلح صداقا للبضع (ولها) أي للمرأة (خدمته) أي خدمة الزوج في تزوجه على خدمتها (لو) كان (عبدا) لانه امال لما فيه من تسليم رقبته بخلاف الحر ولو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته كذا في المحيط وهذا يشير الى أنه لا يخدمها لانه أجنبي لا تجوز له الخلوة معها وأشار في الهداية أنه يخدمها (ولو قبضت) المرأة (ألف المهر ووهبت له) أي للزوج المعنى أنه تزوجها على ألف فقبضته ثم وهبته كله له (فطلقت قبل الوطء) أي قبل الدخول بها (رجع) الزوج (عليها) أي على المرأة (بالنصف) أي بنصف الالف الذي هو المهر وهو خمسمائة درهم لانه طلاق قبل الدخول فلا يجب الا نصف المهر والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا فصار كهبة مال آخر وعند الثلاثة لا يرجع (فان لم تقبض) المرأة (الالف) المهر وهذه مسئلة صورتها أنها لم تقبض من المهر شيأ فأبرأته من جميعه وهو الالف فانه لا يرجع عليها بشيء استحسانا لانه حصل له مقصوده وهو براءة ذمته عن نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي القياس يرجع عليها بنصف الالف وبه قال زفر لانه سلم له الابراء فلا تبرأ هي عما يستحقه هو بالطلاق قبل الدخول (أو قبضت) المرأة (النصف) مسئلة أخرى أي نصف الالف المهر (فوهبت الالف) يعني جميع المهر المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشيء عند أبي حنيفة لانه وصل اليه عين حقه وقالا يرجع عليها بنصف المقبوض لان هبة البعض حط فيلحق بأصل العقد فكأن العقد ورد على النصف فيتنصف بالطلاق قبله

(او وهبت

(أو وهبت) المرأة (العرض المهر) مسئلة ثالثة وصورتها أن يتزوجها على عرض بعينه ثم وهبته له (قبل القبض أو بعده فطلقت قبل الوطء) أى قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشئ استحسانا لانه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبله والقياس أن يرجع عليها بنصف قيمته وبه قال زفر لان استحقاقه بجهة الطلاق فلم يحصل له من تلك الجهة ولو تزوجها على حيوان أو عرض فى الذمة فكذلك الجواب يعنى مثل ما اذا تزوجها بعرض معين وقوله (لم يرجع) الزوج (عليها) أى على المرأة (بشئ) جواب المسائل الثلاثة (ولو نكحها) أى المرأة (بألف) درهم (على أن لا يخرجها) من المدينة (أو) نكحها (على أن لا يتزوج عليها) بأخرى (أو) نكحها (على ألف) درهم (ان أقام بها) أى بالبصرة مثلا (وعلى الفين ان أخرجها) من البصرة الى الكوفة مثلا فهذه ثلاث مسائل (فان وفى) الزوج بالشرط فى المسئلة الاولى بأن لم يخرجها من المدينة وفى المسئلة الثانية بأن لم يتزوج عليها (وأقام) بالبصرة فى المسئلة الثالثة (فلها الالف) فى الصور جميعا لانه هو المسمى وقد تم رضاها به (والا) أى وان لم يوف بالشرط بان أخرجها من المدينة أو تزوج عليها أو لم يقم بها بالبصرة (فمهر المثل) أى فالواجب لها عليه مهر مثلها لانه سمى لها شيأ لها فيه نفع فعند فواته يجب مهر المثل لعدم رضاها به وقال زفر ان كان المضموم الى المهر مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فلا وقالت الحنابلة ان لم يف به يفسخ النكاح لقوله عليه السلام أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به من الفروج ولنا قوله عليه السلام كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وليس فيه هذه الشروط ولا دليل فى الحديث على مدعاهم لانه عليه السلام جعله أحق بالايفاء فمن أين لهم الفسخ عند فواته والمسئلة الثالثة ليست على اطلاقها بل ان أخرجها من البصرة فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند أبى حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف عند الاقامة بالبصرة والالفان عند خروجها منها وقال زفر الشرطان فاسدان فيكون لها مهر المثل ولا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وعند الشافعى يجب مهر مثلها فى الحالين وعند مالك يفسد النكاح فى الحالين لزفر أنه ذكر بدلين لا على سبيل الاجتماع فيكون مجهولا فيفسد ولهما أن الاقامة والاخراج مقصود عرفا فصار كمسئلة الخياطة الرومية والتركية وله أن الاول لا خطر فيه والثانى فيه خطر فيجب فيه مهر المثل (ولو نكحها على هذا العبد) وفى بعض النسخ ولو تزوجها على هذا العبد (أو على هذا الالف) بأن قال تزوجتك على أن يكون صداقك هذا العبد أو هذا الالف (حكم) بتشديد الكاف على صيغة المجهول (مهر المثل) أى جعل مهر المثل حكما فان كان مثل أرفعهما أو أكثر فلها الارفع لرضاها به وان كان مثل أوكسهما أو أقل فلها الاوكس لرضاها بذلك وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لها الاوكس لانه متيقن وفى الزيادة شك وكذا على الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما اوكس وكذا لو تزوجها على ألف أو ألفين ولابى حنيفة أن مهر المثل هو الواجب الاصلى الا عند وجود التسمية ولا ينقص عن الادنى لوجود رضا الزوج به ولا يزيد على الاعلى لوجود رضاها به (و) لو نكحها (على فرس او حمار يجب) الفرس (الوسط) أو الحمار الوسط ومعنى المسئلة انه تزوجها على فرس وسط فانه مخير بين أن يسلم فرسا وسطا وبين أن يسلم اليها قيمته وهو معنى قوله (أو) يجب (قيمته) أى قيمة الفرس

الوسط وكذلك لو تزوجها على حمار وسط وليس المعنى انه تزوجها على هذا أو هذا على معنى الشك بل كلمة أو ههنا للتنويع وهكذا الحكم فى كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه ولو تزوجها على فرس او حمار بمعنى الشك والتردد بينهما فالجواب فيه كالجواب فى المسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل عنده ووجوب الاقل عندهما ولو تزوجها على حيوان ولم يبين جنسه بأن تزوجها على دابة بطلت التسمية ويجب مهر المثل لتفاحش الجهالة وقال الشافعى يجب مهر المثل فى الوجهين جميعا (و) لو نكحها (على ثوب) ولم يذكر جنسه ولا وصفه يجب مهر المثل للجهالة ولو سمى جنسا بأن قال هروى أو مروى تصح التسمية ويجب الوسط ويخير الزوج بين دفع المسمى وبين دفع قيمته وأيهما أدى تجبر المرأة على القبول كما فى الحيوان وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وفى شرح المختار يجب تسليم الثوب لان موصوفه يجب فى الذمة بخلاف الحيوان وقال أبو يوسف ان ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت فى الذمة متحتما كما فى السلم وان لم يذكر أجلا يخير وعن أبى حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير فان ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته (او) نكحها (على خمر او خنزير) فسدت التسمية لان المسمى غير مال متقوم فى حق المسلم ويجب مهر المثل وقال مالك يفسد النكاح كالبيع قلنا البيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح (أو) نكحها (على هذا الخل) فى الدن (فاذا هو خمر او) نكحها (على هذا العبد) وأشار اليه (فاذا هو حر) فسدت التسمية أيضا ويجب مهر المثل عند أبى حنيفة لفساد التسمية وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر من الخل وقيمة الحر لو كان عبدا لانه أطمعها فيما هو مال وقد عجز عن تسليمه فتجب القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل وبه قال الشافعى وأحمد وعند محمد يجب مهر المثل فى العبد والمثل فى الخمر لان العبد والحر جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع فوجب مهر المثل اعتبارا للاشارة والخمر والخل جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد فوجب المثل رعاية للتسمية وقوله (يجب مهر المثل) جواب المسائل المذكورة (وان امهرها العبدين) بان تزوجها على عبدين معينين (و) الحال أن (احدهما حر فمهرها) أى فمهر المرأة هو (العبد) ان كان يساوى عشرة دراهم والا يكمل لها العشرة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانهما لو ظهرا حرين تجب قيمتهما فكذا فى الواحد وعند محمد لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد وهو رواية عن أبى حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده فكذا اذا كان أحدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل لعدم رضاها بدونه ولابى حنيفة أن الباقى صلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل (وفى النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء) لان المهر انما يجب باستيفاء منافع البضع لا بمجرد العقد لفساده ولا بالخلوة لوجود المانع منها وهو الحرمة ولهذا لا يجب بها حرمة المصاهرة ولا العدة ولكل واحد منهما فسخه بغير حضور صاحبه وقيل ليس له ذلك بعد الدخول الا بحضرة من صاحبه (ولم يزد) مهر المثل (على المسمى) فى العقد الفاسد لانها أسقطت حقها فى الزيادة لرضاها بما دونها فلا يجب وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ اعتبارا بالبيع الفاسد وبه قالت الثلاثة ولو لم يكن المهر مسمى أو كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاتفاق (ويثبت النسب) أى نسب

الولد

الولد المولود فى النكاح الفاسد للاحتياط وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى قاله أبو الليث وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رحمه الله وان لم يخل بها لا يلزمه الولد (و) تجب (العدة) اذا دخل بها لان الفاسد ملحق بالصحيح فى موضع الاحتياط ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق كالطلاق فى النكاح الصحيح وقال زفر من آخر الوطآت واختاره أبو القاسم الصفار حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق فقد انقضت ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بأن يقول تاركتك أو تاركتها أو خليت سبيلك أو خليتها او علم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح كما فى الصحيح وانكار النكاح ان كان بحضرتهما فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن أبى يوسف (ومهر مثلها) أى مثل المرأة (يعتبر بقوم أبيها) لان الانسان من جنس قوم أبيه وهن أقارب الاب كالعمات وبنات الاعمام وعند مالك يعتبر بمن يماثلها من سائر النساء وعند أحمد بقرابتها عصبة او لا (اذا استويا) أى المرأة التى يحكم لها بمهر المثل والمرأة التى هى من قوم أبيها (سنا) أى من حيث السن (وجمالا) أى ومن حيث الجمال والحسن وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك فى أوساط الناس (ومالا) أى ومن حيث المال (وبلدا) أى ومن حيث البلد (وعصرا) أى ومن حيث العصر وهو الزمان (وعقلا) أى ومن حيث العقل فلا يعتبر بالمجنونة (ودينا) أى ومن حيث الدين وهو التقوى فلا يعتبر بالفاسقة (وبكارة) أى ومن حيث البكارة لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف لاختلاف الرغبات فيها وكذا يشترط أن يستويا فى العلم والادب وكمال الخلق وأن لا يكون لها ولد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا (فان لم يوجد) من قوم أبيها (فمن الاجانب) أى فيعتبر منهم لكن من قبيلة هى مثل قبيلة أبيها وعن أبى حنيفة أنه لا يعتبر بالاجانب وفى شرح المجمع وان لم توجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها (وصح ضمان الولى المهر) بأن زوج ابنه الصغير امرأة ثم ضمن عنه مهرها صح هذا الضمان لانه سفير وليس بمباشر بخلاف ما اذا اشترى له شيأ ثم ضمن عنه الثمن للبائع لا يجوز لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أو لم يضمن ولها ان تطالب الولى فان أدى من مال نفسه فله أن يرجع فى مال الصغير ان أشهد أنه يؤديه ليرجع عليه والا فهو متطوع وليس لها أن تطالب الزوج ما لم يبلغ فاذا بلغ تطالب أيهما شاءت وكذا لو زوج بنته الكبيرة وهى بكر أو مجنونة رجلا وضمن عنه مهرها صح ضمانه لما ذكرنا ثم هى بالخيار ان شاءت طالبت زوجها أو وليها ان كانت أهلا لذلك ويرجع الولى بعد الاداء على الزوج ان ضمن بامره وهذا بخلاف ما اذا باع شيأ من مال الصغير وضمن الثمن عن المشترى حيث لا يجوز لانه اصيل فيه حيث ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه المشترى عن الثمن عندهما خلافا لابى يوسف لكنه يضمنه للولد (وتطالب) المرأة (زوجها أو) تطالب (وليها) هذا اذا كان الضامن وليها بأن زوجها ثم ضمن مهرها وأما اذا كان الضامن ولى الزوج بأن زوجه امرأة وضمن مهرها فالمطالبة الى ولى الزوج وقد حققناه فيما مضى (ولها) أى للمرأة (منعه) أى منع الزوج (من الوطء والاخراج) أى اخراجها من البلد (للمهر) أى لاجل مهرها فيما تعورف تعجيله حتى لا يكون لها ذلك فيما تعورف تأجيله الى الميسرة أو الموت أو الطلاق ولو كان حالا لان

المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والازمان والاشخاص هذا اذا لم ينصا على التعجيل والتأجيل وأما اذا نصا على تعجيل جميع المهر أو تأجيله فهو على ما شرطا حتى كان لها أن تحبس نفسها الى أن تستوفى كله فيما اذا شرط تعجيل كله وليس لها ذلك فيما اذا كان كله مؤجلا وروى المعلى عن أبى يوسف أن لها أن تمنع نفسها اذا كان مؤجلا استحسانا واختاره بعضهم للفتوى واذا أوفاها مهرها كله أو كان كله مؤجلا ينقلها حيث شاء وكذلك اذا دخل بها عندهما وعند أبى حنيفة ليس له ذلك وكان أبو القاسم الصفار يفتى بقول أبى حنيفة فى المنع من السفر وبقولهما فى عدم المنع من الوطء وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها الا برضاها لان الغربة تؤذى واختاره أبو الليث (وان وطئها) واصلة بما قبلها يعنى لها المنع من الوطء والاخراج لاجل مهرها سواء كان قبل الوطء أو بعده عند أبى حنيفة وقالا اذا دخل بها برضاها أو خلا بها ليس لها ان تمنع نفسها ولو امتنعت سقطت النفقة لانها سلمت كل المعقود عليه برضاها وبه قال الشافعى ومالك وله أن المهر مقابل بكل الوطآت حتى لا يؤدى الى اخلاء بعضها عن العوض (ولو اختلفا) أى الزوجان (فى قدر المهر) بأن قال الزوج هو ألف وقالت المرأة ألفان (حكم مهر المثل) أى يجعل مهر المثل حكما بينهما فمن شهد له مهر المثل فالقول قوله مع يمينه فان كان يشهد له بان كان مثل ما يدعيه أو أقل يحلف فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه ما ادعت وان كان يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه أو أكثر تحلف هى فان نكلت فلها ما أقر به الزوج وان حلفت فلها جميع ما ادعت فقدر ما أقر به الزوج على انه مسمى والزائد بحكم انه مهر المثل وأيهما اقام البينة تقبل فى الوجهين وان أقاماها معا فبينة من لم يشهد له الظاهر أولى وان لم يشهد مهر المثل لواحد منهما بان كان أكثر مما ادعاه الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا يجب مهر المثل فقدر ما أقر به الزوج على أنه مسمى والزائد بحكم مهر المثل حتى يتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير ولو أقام أحدهما البينة أيهما كان يثبت ما يدعيه على انه مسمى وان اقاماها تهاترتا فى الصحيح ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير (و) تحكم (المتعة لو طلقها قبل الوطء) أى قبل الدخول بها على التفصيل الذى ذكرناه آنفا وذكر فى الجامع الصغير ان القول قول الزوج فى نصف المهر وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك على التفصيل المذكور واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قول الزوج الا أن يأتى بشئ مستنكر وهو ما لا يتعارف مهرا لها قال قاضيخان وهو الاصح وقيل ما لا يصلح مهرا شرعا وهو ان يكون أقل من عشرة دراهم لانه مستنكر شرعا قال الوبرى هذا أشبه بالصواب (و) لو اختلفا (فى أصل المسمى) بأن نفاه احدهما وادعاه الآخر (يجب مهر المثل) بالاتفاق وقال صاحب الهداية ولو كان الاختلاف فى اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع (وان ماتا) اى الزوجان (واختلفت ورثتهما ولو) كان اختلافهم (فى القدر) اى فى مقدار المهر بأن قالت ورثة الزوج المهر الف وقالت ورثة الزوجة بل الفان (القول لورثته) اى لورثة الزوج وتقدير التركيب وان مات الزوجان واختلفت ورثتهما القول لورثته وان

كان اختلافهم فى القدر فكلمة لو واصلة بما قبله فالتقدير القول لورثته لو كان فى أصل المسمى ولو كان فى القدر أيضا القول قول ورثة الزوج عندهما شهد له مهر المثل او لم يشهد لانه ينكر الزيادة الا أن أبا يوسف استثنى من دعوى ورثة الزوج مايستنكر لان الظاهر يكذبهم وقال محمد القول لورثة الزوجة ان شهد له مهر المثل لان القول قول من شهد له الظاهر وان اختلفت ورثتهما فى نفس التسمية بان قالت ورثة الزوج لم يكن مهر وقالت ورثة المرأة كان المهر مسمى فالقول قول من ينكر التسمية عند أبى حنيفة لانه لا حكم لمهر المثل بعد موتهما عنده فلا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة (ومن بعث الى امرأته شيأ) من الدراهم أو الدنانير أو القماش ونحوها ثم اختلفا (فقالت) المرأة (هو) أى المبعوث (هدية) أهديتها الى (وقال) الزوج (هو من المهر) أى من بعض مهرك (فالقول له) أى للزوج لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك (فى غير المهيأ للاكل) كالشواء واللحم والفواكه التى لا تبقى فالقول قولها فيه استحسانا لجريان العادة باهدائها فكان الظاهر شاهدا لها بخلاف ما اذا لم يكن مهيأ للاكل كالعسل والسمن والجوز ونحوها وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك ليس له أن يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه بخلاف ما لا يجب عليه كالخف والملاءة ثم اذا كان القول قول الزوج ترد عليه المتاع ان كان قائما وترجع بمهرها لانه بيع بالمهر ولا ينفرد به الزوج بخلاف ما اذا كان من جنس المهر وان كان هالكا لا ترجع وفى فتاوى أهل سمرقند رجل تزوج امرأة وبعث اليها بهدايا وعوضته المرأة على ذلك عوضا ثم زفت اليه ثم فارقها وقال انما بعثت اليك عارية وأراد أن يسترد ذلك وأرادت المرأة ان تسترد العوض فالقول له لانه أنكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها ان تسترد ما عوضته وفى الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم زعم أن الذى دفعه اليها ماله وكان على وجه العارية عندها فقالت هو ملكى جهزتنى به أو قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول قولها دون الاب لان الظاهر شاهد لها لان العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك وحكى عن على السغدى أن القول قول الاب لان ذلك يستفاد من جهته وذكر مثله السرخسى وأخذ به بعض المشايخ وقال فى الواقعات ان كان العرف ظاهرا بمثله فى الجهاز كما فى ديارنا فالقول قول الزوج وان كان مشتركا فالقول قول الاب (ولو نكح ذمى ذمية بميتة) أو دم (او نكحها (بغير مهر) اما نفياه أو سكتا عنه (وذا) أى العقد المذكور (جائز عندهم) يعنى فى دينهم (فوطئت او طلقت قبله) أى قبل الوطء (اومات) الذمى (عنها لا مهر لها) فى الصورتين عند أبى حنيفة لانا أمرنا بتركهم وما يدينون وقالا يجب مهر المثل كما بين المسلمين ان دخل بها أو مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول وبه قال الشافعى وزفر (وكذا الحربيان) اذا تعاقدا على ميتة أو دم أو على أن لا مهر لها (ثم) بفتح الثاء المثلثة أى فى دار الحرب لا مهر لها بالاتفاق بين أصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل لان الشرع ما شرع النكاح الا بالمال ولنا انه تعذر الزامهم بما لم يلتزموه فلا فائدة فى الايجاب (ولو تزوج ذمى ذمية بخمر) عين (أو خنزير عين) يعنى مشارا اليه (فاسلما) قبل القبض (او اسلم احدهما) قبله (لها) أى للزوجة (الخمر والخنزير) عند أبى حنيفة لانها ملكتهما بالعقد فتخلل الخمر وتسيب الخنزير وقال أبو يوسف لها مهر المثل وقال محمد لها قيمتهما وهو قول أبى يوسف أولا لان التسمية قد صحت وقت العقد وقد عجز الآن عن التسليم فتلزم القيمة

ولابي يوسف ان المسلم منهي عن التمليك والتملك والتسليم والتسلم فيهما فيجب مهر المثل (وفى غير العين) من الخمر والخنزير يعنى اذا تزوجها على خمر غير عين أو خنزير غير عين بأن جعلهما دينا فى الذمة فأسلما قبل القبض أو أسلم أحدهما قبله (لها قيمة الخمر و) لها (مهر المثل فى الخنزير) عند أبي حنيفة لان ملكهما بطل فتجب القيمة فى الخمر ومهر المثل فى الخنزير لانه لا يمكن تسليم قيمته لانها مثله فى ضمان العدوان وعند أبي يوسف يجب مهر المثل كما فى العين وعند محمد تجب القيمة أيضا كما ذكرنا ولو طلقها قبل الدخول فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (نكاح الرقيق)

(لم يجز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر وام الولد الا باذن السيد) هذه المسئلة مكررة قد ذكرها الشيخ فيما مضى فى باب الاولياء بعبارة أحسن من هذا حيث قال ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف وههنا قال لم يجز والصواب ان يقال موقوف مثل ما قال هنالك أو لا ينفذ لانه يجوز لكنه لا ينفذ كعقد الفضولى وقال مالك لا ينكح العبد الا باذن سيده فان عقده من غير اذنه صح ثم للسيد أن يطلق عليه ويكون ذلك طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه كنكاح العبد وهى شاذة ثم اذن السيد يثبت صريحا كاجزت ورضيت به وأذنت فيه ودلالة قولا نحو هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت وفعلا نحو أن يسوق اليها مهرها أو شيأ منه بخلاف الهدية (فلو نكح عبد باذنه) أى باذن المولى (بيع فى مهرها) اى فى مهر امرأته كدين المأذون له فى التجارة بخلاف ما اذا تزوج بغير أمره لا يباع به بل يطالب بعد الحرية كما اذا لزمه الدين باقراره ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب به بعد العتق بخلاف النفقة حيث يباع بها مرة بعد أخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع ولو مات العبد سقط المهر والنفقة هذا اذا تزوج باجنبية أما اذا زوج عبده أمته فاختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده (وسعى المدبر والمكاتب) وولد أم الولد ومعتق البعض لعدم قبول النقل من ملك الى ملك فيسعون ويوفى المهر من كسبهم كما فى دين التجارة (ولم يبع) أى كل واحد من المدبر والمكاتب (فيه) أى فى المهر لما قلنا (و) قول المولى لعبده الذى تزوج بغير اذنه (طلقها) طلقة (رجعية اجازة للنكاح الموقوف) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتعين الاجازة (لا) يكون اجازة للنكاح قوله لعبده الذى تزوج بغير اذنه (طلقها او فارقها) لانه يحتمل الرد ويتعين فى العبد المتمرد وقال ابن أبي ليلى طلقها اجازة أيضا ولو زوج فضولى رجلا امرأة فقال الرجل طلقها يكون اجازة لان فعل الفضولى اعانة كالوكيل بخلاف المولى (والاذن بالنكاح) أى اذن المولى لعبده بالنكاح (يتناول) النكاح (الفاسد ايضا) كما يتناول الصحيح عند أبي حنيفة عملا بالاطلاق وقالا لا يتناول الا الصحيح لان مقصوده به وهو التحصين انما يحصل بالصحيح فيحمل عليه وثمرة الخلاف تظهر فى حق لزوم المهر فيما اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها حيث يظهر لزوم المهر عنده فى الحال فيباع فيه وعندهما لا يطالب الا بعد العتق وفى حق انتهاء الاذن بالعقد

حيث

حيث ينتهى به عنده وعندهما لا ينتهى حتى لو تزوج غيرها نكاحا صحيحا أو أعاد عليها العقد صح
عندهما وعنده لا يصح هذا الخلاف فى التزوج وأمّا فى التزويج فلا يتنا ولهما خلافا للبعض
(ولو زوج) المولى (عبدا مأذونا له) مديونا (امرأة) بمهر المثل أو أقل (صح) النكاح (وهى) أى
المرأة (اسوة) أى مساوية (للغرماء) أى أصحاب الديون التى على العبد (فى مهرها) ولو زوجه
على أكثر من مهر المثل فالزائد يطالب به بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض (ومن
زوج أمته) من رجل (لا يجب) عليه (تبوئتها) أى اتخاذ المنزل لها من بوّأ له منزلا وبوّأه منزلا اذا
هيأ له (فتخدمه) أى تخدم الجارية المولى (ويطؤها الزوج ان ظفر بها) فى موضع من المواضع
ليلا أو نهارا لانّ حق المولى أقوى من حق الزوج وعند الشافعى يسلمها ليلا وعند مالك ليلا بعد
ثلاث ليال فان بوّأها معه منزلا فلها النفقة والسكنى ولو بدا له أن يستخدمها بعد التبوئة فله ذلك
لان حقه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح ولو طلقها بائنا بعد التبوئة يجب لها النفقة والسكنى
وقبلها أو بعد الاسترداد لا يجب والمكاتبة فى هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها (وله) أى للمولى
(اجبارهما) أى اجبار العبد والامة (على النكاح) ومعنى الاجبار ان ينفذ النكاح عليهما
بغير رضاهما وقال الشافعى لا اجبار فى العبد وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف لانه مبقى
على أصل الآدمية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح منها بخلاف الامة لان بضعها مملوك
له فيملك تمليكه ولنا انه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالامة ولا يملك
اجبار المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاجانب بعقد الكتابة (ويسقط المهر بقتل السيد أمته
قبل الوطء) أى قبل وطء زوجها عند أبى حنيفة لفوات المعقود عليه بفعل من له المهر وقالا
لا يسقط اعتبارا بموتها حتف أنفها ولو كان السيد صغيرا قيل يسقط وقيل لا ولو قتلت الامة
نفسها ففيه روايتان فى رواية يسقط كقتلها المولى وفى رواية لا يسقط كالحرة اذا قتلت نفسها وكما
لو قتلها أجنبىّ وكذا فى ردّتها روايتان وكذا فى تقبيل ابن زوجها (لا) يسقط المهر (بقتل الحرة
نفسها قبله) أى قبل الوطء خلافا لزفر وبعد الوطء لا يسقط اجماعا لانّ جناية المرء على نفسه غير
معتبرة (والاذن فى العزل) أى عزل الماء عن الامة فى الجماع (لسيد الامة) عند أبى حنيفة لان
الحق له وليس لها حق وقالا الاذن لها لانّ لها ولاية المطالبة فلا يجوز الا برضاها بخلاف الامة
المملوكة لانها لا مطالب لها فلا يعتبر رضاها (ولو أعتقت أمة أو مكاتبة) والحال أنهما قد تزوّجتا
(خيرت) كل واحدة منهما (ولو) كان (زوجها حرّا) خلافا للشافعى فيما اذا كان زوجها حرّا
لحديث بريرة من رواية عائشة رضى الله عنها انّ النبىّ صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها
عبدا رواه مسلم ولنا حديث عائشة رضى الله عنها ان زوج بريرة كان حرّا حين أعتقت رواه
البخارى ومسلم وحديثنا أولى لكونه مثبتا للحرية لاتفاقهم انه كان قبل عبدا أو نقول ليس فيما
روى دلالة على انه اذا كان حرّا لا يكون لها الخيار فلا يمكن الاحتجاج به الا على ثبوت الخيار لها
فيما اذا كان زوجها عبدا ونحن نقول بموجبه وبموجب الحديث الآخر جمعا بين الدليلين ولا
فرق فى هذا بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة وزفر يخالفنا فى المكاتبة لانها كالحرة ولنا
ما روينا من حديث بريرة وكانت مكاتبة (ولو نكحت) الامة (بلا اذن) من السيد (فعتقت نفذ

النكاح (بلا خيار) لها اما نفوذ النكاح فلانها من أهل العبارة وامتناعه لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتصور ازدياد الملك عليها وثبوت الخيار باعتباره وقال زفر والشافعي بطل النكاح لانه توقف على اجازته فلا ينفذ باجازة غيره (فلو وطئ) زوج الامة (قبله) أى قبل العتق فيما اذا تزوجت بغير اذن (فالمهر له) أى للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى (والا) أى وان لم يطأها الزوج قبل العتق (فلها) أى فالمهر لها اى للامة لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر هو المسمى عند العقد (ومن وطئ أمة ابنه فولدت) الامة (فادعاه) أى الاب ادعى الولد لنفسه (ثبت نسبه) أى نسب الولد (منه) أى من الاب صيانة لمائه عن الضياع ولنفسه عن الزنا (وصارت) الامة (أم ولده) أى أم ولد الاب لثبوت النسب منه (وعليه) أى على الاب (قيمتها) أى قيمة الجارية صيانة لمال الولد مع حصول مقصود الوالد (لا) يجب عليه (عقرها) أى عقر الامة وهو مهرها وقال زفر والشافعي عليه عقرها لان الوطء وجد في غير ملكه ولنا ان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك أو حقه وكلاهما غير ثابت للاب فيها فلا بد من تقديمه ليصح الاستيلاد بوقوع الوطء في ملكه فلا يجب عليه العقر لثبوت الملك بطريق الاستناد الى وقت العلوق (و) لا يجب عليه أيضا (قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك عليه خلافا للشافعي في قول وههنا شرطان لصحة هذه الدعوى الاول أن يكون الاب حرا مسلما حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لا تصح دعوته الثانى أن تكون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى حين الدعوة حتى لو حبلت في غير ملكه أو في ملكه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح دعوته لعدم الولاية (ودعوة الجد) أب الاب (كدعوة الاب حال عدمه) أى عدم الاب بالموت أو الكفر أو الرق أو الجنون ويشترط أن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته (ولو زوجها) أى ولو زوج رجل أمته (أباه وولدت) منه (لم تصر) الامة (أم ولده) أى أم ولد الاب لان ماءه صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه وقال زفر تصير أم ولده لانه اذا صارت أم ولد له بالفجور فبالنكاح أولى وقال الشافعي لا يجوز للاب أن يتزوج بجارية ابنه لان ماله من الحق يمنع صحة النكاح الا ترى الى قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه أحمد أضافه اليه بلام التمليك وقال عليه السلام ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أموال أولادكم من كسبكم رواه البخاري ومسلم قلنا المانع من النكاح حقيقة الملك أو حقه وكلاهما منتف عن الاب بدليل جواز تصرف الابن فيها كيف شاء من الوطء والاعتاق ونحوهما فلا يجوز ذلك للاب وحديث أحمد غير ثابت ولئن ثبت فالاضافة اليه للتخصيص لا للتمليك وحديث البخاري المراد به حل الاكل (ويجب المهر) لالتزامه بالنكاح (لا) تجب (القيمة) لانعدام ملك الرقبة (وولدها حر) لانه ملكه أخوه فيعتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي (حرة قالت لسيد زوجها) العبد (اعتقه) أى الزوج (عني بألف) درهم (ففعل) سيد الزوج هذا يعني أعتقه بألف عنها (فسد النكاح) عندنا وقال زفر لا يفسد والاصل ان العتق يقع عن الامر عندنا اقتضاء لانها كأنها قالت بعه مني بألف ثم كن وكيلي في الاعتاق تصحيحا للكلام ويكون الولد للآمر ويخرج عن عهدة الكفارة ان نواها به وعنده يقع عن

المأمور

المأمور لان العتق من غير المالك لغو ويكون الولاء له فان قلت البيع ينعقد بالايجاب قلت نعم اذا كان مقصودا واما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا فان قلت الشئ اذا ثبت ضرورة يتقدر بقدرها فوجب أن لا يظهر فى حق فسخ النكاح قلت الشئ اذا ثبت يثبت بلازمه وانفساخ النكاح لازم للملك فلا يفارقه ويسقط المهر لاستحالة وجوبه عليها (ولو لم تقل) الحرة المذكورة (بألف) بل قالت اعتقه عنى فأعتقه (لا يفسد) النكاح (والولاء له) اى للمعتق وهو المولى عندهما وقال أبو يوسف يفسد النكاح والولاء لها ويسقط المهر كما فى المسئلة الاولى ولهما انه اذا لم يذكر المال يحتمل أن يقدر هبة أو بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض أولى من البعض فوقعت الجهالة فلا يفسد النكاح ولا يسقط المهر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (نكاح الكافر)

وهو يتناول الذمى والمشرك والمجوسى ونحوهم (تزوج كافر) بكافرة (بلا شهود او) تزوجها (فى عدة كافر وذا) أى التزوج بلا شهود أو فى عدة كافر (فى دينهم) أى فيما يعتقدون (جائز ثم أسلما) بعد ذلك (اقرا) أى الزوجان (عليه) أى على ذلك النكاح عند أبى حنيفة وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين وبه قال مالك وهما مع أبى حنيفة فى الاولى ومع زفر فى الثانية لزفر قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود والآن التزما احكام الاسلام ولهما ان النكاح فى العدة لا يجوز اجماعا وقد التزما أحكامنا فتلزمهم والنكاح بغير شهود مختلف فيه وله ان العدة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لا يعتقد بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم وفى المبسوط الاختلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة غير منقضية وأما اذا كانا بعدها لا يفرق بالاجماع (ولو كانت) منكوحة الكافر (محرمه) أى محرما للزوج بأن كانت أمه أو أخته فاسلما أو أحدهما (فرق بينهما) لعدم المحلية ثم هل لهذه الانكحة حكم الصحة فعند أبى حنيفة هى صحيحة بينهم حتى يترتب عليها وجوب النفقة ولا يسقط احصانه بالدخول بها بعد العقد وقيل هى عنده فاسدة وهو قولهما الا أنا لا نتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة اعراضا لا تقريرا (ولا ينكح مرتد ولا مرتدة احدا) من الخلق لا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا لان النكاح يعتمد الملة لا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه (والولد يتبع خير الابوين دينا) أى من حيث الدين لانه أنظر له وهذا اذا لم تختلف الدار بأن كانا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب أو كان الصغير فى دار الاسلام والوالد فى دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما واما اذا كان الولد فى دار الحرب والوالد فى دار الاسلام فأسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما لانه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس (والمجوسى شر من الكتابى) لان له دينا سماويا ولهذا تؤكل ذبيحته ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين بخلاف المجوسى فكان شرا حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا له وقال الشافعى يكون مجوسيا وهذا بناء على ان الكفر كله ملة واحدة عنده فلا يفضل أحدهم عن الآخر (ولو أسلم احد الزوجين) سواء كانا كتابيين أو مجوسيين (عرض الاسلام على) الزوج (الآخر فان أسلم) الآخر فهما ونعمت (والا) أى وان لم يسلم الآخر (فرق بينهما) أى بين الزوجين ففى المجوسيين يفرق باسلام أحدهما بعد الاباء وفى الكتابيين ان أسلمت هى فكذلك وان أسلم هو فلا يتعرض لها وكذلك

اذا كانت هي كتابية والزوج مجوسي فأسلم وقال الشافعي لا يعرض على المصر الاسلام لان فيه تعريضا لهم الا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيؤجل الى انقضاء ثلاث حيض ولنا ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين نصراني ونصرانية باباته عن الاسلام رواه الطحاوي وأبو بكر بن العربي في العارضة وظهر حكمه بينهم ولم ينقل الينا خلاف فكان اجماعا ثم لا فرق بين أن يكون الزوج المصر صبيا مميزا أو بالغا حتى يفرق بينهما باباته وهذا على قولهما وأما على قول أبي يوسف فقد اختلف المشايخ فيه منهم من يقول لا يصح اباؤه عنده قياسا على ردته عنده ومنهم من يقول يصح ولو كان أحدهما صغيرا غير مميز ينتظر عقله بخلاف ما اذا كان مجنونا حيث لا ينتظر بل يعرض على أبويه لانه ليس له نهاية معلومة ثم التفريق طلاق عندهما وفسخ عند أبي يوسف (واباؤه) أي اباء الزوج عن الاسلام (طلاق) عندهما خلافا لابي يوسف لانه يتصور وجوده من المرأة وبمثله لا يقع الطلاق كالفرقة بسبب الملك والمحرمية وخيار البلوغ ولهما انه فات الامساك بالمعروف من جانبه فتعين التسريح بالاحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه (لا) يكون (اباؤها) أي اباء المرأة عن الاسلام طلاقا بالاتفاق لان الطلاق لا يكون منها وعند الشافعي ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعده يتوقف على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر كما قلنا ثم اذا وقعت الفرقة بالاباء فان كان بعد الدخول فلها المهر كله لانه تأكد به وان كان قبل الدخول فان كان باباته فلها نصف المهر لانه قبل الدخول وان كان باباتها فلا مهر لها كالردة والمطاوعة (ولو اسلم احدهما) أي أحد الزوجين (ثم) أي في دار الحرب (لم تبن) المرأة (حتى تحيض ثلاثا) فاذا حاضت ثلاثا بانت هذا اذا كانا كتابيين أو كان أحدهما كتابيا والآخر وثنيا والمرأة هي المسلمة أو لم يكونا كتابيين وأما اذا أسلم الزوج والزوجة كتابية فهما على نكاحهما على ما مر وقال الشافعي ان كان اسلام أحدهما قبل الدخول وقعت الفرقة بالاسلام في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلاثة قروء على ما مر في مذهبه فيما اذا أسلم أحدهما في دار الاسلام ولا تأثير لاختلاف الدارين عنده ثم اذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض هل يكون طلاقا أم لا ذكر في السير الكبير انه يكون طلاقا عندهما وروي عنهما انها فرقة بغير طلاق كما هو عند أبي حنيفة لان هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي وكذلك اذا خرج أحدهما الى دار الاسلام بعد اسلام أحدهما في دار الحرب لا تقع الفرقة بينهما حتى يمضي ثلاث حيض لعدم ولاية القاضي على من بقي في دار الحرب وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك وان كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما تجب العدة عليها (ولو أسلم زوج الكتابية بقي نكاحها) لانه يجوز له التزوج بها ابتداء فالبقاء أولى لانه اسهل منه (وتباين الدارين سبب الفرقة) عندنا حتى اذا خرج أحد الزوجين الى دار الاسلام مسلما أو ذميا وقعت البينونة (لا) سبب الفرقة هو (السبي) وقال الشافعي سبب الفرقة هو السبي دون تباين الدارين حتى لو سبي أحد الحربيين أو سبيا معا تقع الفرقة وفي انقطاع نكاح الرقيقين المسبيين معا وجهان في مذهبه وبقوله قال

مالك وأحمد قالوا ان تباين الدارين يظهر فى انقطاع الولاية ولا أثر لذلك فى وقوع الفرقة واما السبى فيقتضى صفاء الملك للسابى وهو مستلزم لانقطاع ملك النكاح قلنا انّ مصالح النكاح لا تنتظم حقيقة ولا حكما مع تباين الدارين والسبى يوجب ملك الرقبة وأنه لا ينافى ابتداء النكاح فكذا لا ينافى بقاءه فان قلت ردّه عليه السلام بنته زينب رضى الله عنها الى زوجها بالعقد الاوّل دليل على ماذكروا قلت روى انه عليه السلام ردّها بعقد جديد فكان المثبت أولى من النافى على أن مارووه غير صحيح عند أهل النقل فلا يعارض مارويناه لصحته فان قلت فيما روينا حجاج وهو متكلم فيه قلت هذا جرح مبهم فلا يصح وقد وثقه أهل النقل حتى خرج له مسلم ولان مارووه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها كان قبل اسلامه بست سنين وقيل بسنتين وهم لا يرون بقاء النكاح بعد انقضاء عدّتها قبل اسلام المتاخر منهما فان قلت قد اباح عليه السلام وطء سبايا أوطاس بعد الاستبراء وقد سبين مع أزواجهنّ قلت لا نسلم بل سبين وحدهن لان رجالهنّ قتلوا والله أعلم (وتنكح المهاجرة) الى دار الاسلام من دار الحرب سواء كانت مسلمة أو ذمية (الحائل) يعنى غير الحبلى قيد به لان الحبلى لا يجوز تزوجها حتى تضع وعن أبى حنيفة يصح ولكن لا يطأها حتى تضع (بلا عدّة) عند أبى حنيفة لقوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهنّ نفى الجناح عن نكاح المهاجرات مطلقا وعندهما تجب عليها العدّة كالذمية اذا أسلمت وبه قالت الثلاثة (وارتداد احدهما) أى أحد الزوجين (فسخ فى الحال) عندهما وقال محمد ان كانت الردة من المرأة فكذلك وان كانت من الزوج فهى فرقة بطلاق اعتبارا بالاباء فى الفصلين وأبو يوسف مرّ على أصله والفرق لابى حنيفة ان الردة منافية للنكاح والطلاق رافع فتعذر جعلها طلاقا بخلاف الاباء لان القاضى ينوب منابه فى التسريح بالاحسان وعند الشافعى ان كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى يمضى ثلاثة قروء وان كانت قبل الدخول تبين فى الحال وقال ابن أبى ليلى لا تقع الفرقة بردّة أحدهما ولكن يستتاب فان تاب فهى امرأته وجعله كالاباء وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردّة حسما لباب المعصية وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارا كانوا على هذا (فللموطوءة) أى للمرأة المدخول بها (المهر) كله سواء كانت الردّة منها أو منه لانه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه (ولغيرها) أى ولغير الموطوأة (نصفه) أى نصف المهر (ان ارتد) أى الزوج لان الفرقة من جهته قبل الدخول فوجب نصف المهر (وان ارتدت) المرأة قبل الدخول (لا) يجب لها شئ لان الفرقة من جهتها (والاباء) عن الاسلام (نظيره) أى نظير الارتداد حتى اذا كان بعد الدخول من أيهما كان يجب المهر كله وان كان قبل الدخول فان كان منه يجب النصف به وان كان منها لا يجب شئ (ولو ارتدا) أى الزوجان (وأسلما معالم تبن) المرأة وقال زفر تبين قياسا لان ردّة أحدهما منافية فردتهما أولى وجه الاستحسان ان بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رضى الله عنهم بتجديد الانكحة وارتدادهم واسلامهم واقع معا لجهالة التاريخ فترك القياس لاجماعهم (وبانت) المرأة (لو أسلما) أى المرتدان اسلاما (متعاقبا)

لانه لما تقدم اسلام أحدهما بقي الآخر على ردته فتحقق الاختلاف وان كان المتأخر اسلاما هي المرأة قبل الدخول سقط المهر وان كان هو الزوج لها نصف المهر ولو كانت نصرانية تحت مسلم فتمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله

هذا (باب) في بيان أحكام (القسم)

وهو بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشيء فانقسم وبالكسر واحد الاقسام وبمعنى النصيب ويقال كلاهما بمعنى النصيب ولكن الاول يستعمل في موضع خاص بخلاف الثاني (البكر كالثيب و) المرأة (الجديدة كالقديمة و) المرأة (المسلمة كالكتابية فيه) أي في القسم وكذلك الصحيحة والمريضة والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها والحائض والنفساء والحامل والحائل والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمولى عنها والمظاهر منها كلها سواء لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أي مفلوج رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وقال الشافعي يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلاثا ولا يحتسب عليها بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ بطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روى عن أنس انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله أخرجه الدارقطني وبه قال مالك وأحمد قلنا المراد به التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة أو هو محمول على الصلح (وللحرة ضعف الامة) روى ذلك عن علي رضي الله عنه والمدبرة والمكاتبة كالامة فيه وعن مالك هما سواء (ويسافر) الرجل الذي تحته نسوة (بمن شاء) منهن لانه لا حق لهن في السفر (والقرعة احب) تطييبا لقلوبهن فمن خرجت قرعتها يسافر معها وقال الشافعي تجب القرعة لما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا اقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها أو سهمها يخرج بها متفق عليه ولنا ما قلنا والحديث محمول عليه والدليل عليه انه عليه السلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر وانما كان يفعله تفضلا (ولها) أي للواحدة منهن (أن ترجع ان وهبت قسمها للاخرى) لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط كالمعير يرجع فيها متى شاء

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الرضاع)

هو بكسر الراء وفتحها وكذلك الرضاعة وأنكر الاصمعي الكسر مع الهاء من رضع يرضع من باب علم يعلم ومن باب ضرب يضرب ويقال لئيم راضع للذي يرضع ابله أو غنمه ولا يحلبها كي لا يسمع صوت حلبه فيطلب منه وفي الشرع (هو) أي الرضاع (مص الرضيع) قليلا أو كثيرا (من ثدي الآدمية) احترز به عن ثدي الشاة ونحوها فان الرضاع لا يثبت به (في وقت مخصوص) وهو مدة الرضاع (وحرم به) أي بالرضاع (وان قل) اذا وجد (في ثلاثين شهرا) وهي سنتان ونصف وقوله (ما حرم) في محل الرفع لانه فاعل لقوله وحرم أي حرم بسبب الرضاع الذي حرم (بالنسب) أي بسببه وفيه خلاف في موضعين الاول ان الرضاع قليله وكثيره سواء عندنا وقال الشافعي لا يحرم الا بخمس رضعات يعني مشبعات وبه قال احمد وعنه ثلاث رضعات لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن رواه مسلم وعنها

انها

انها قالت لا تحرم المصة والمصتان وفى لفظ لا يحرم الاملاجة والاملاجتان رواه مسلم هذا النفى مذهبنا والاول لاثبات مذهبه ولنا مطلق النص من غير تقييد بالعدد والتقييد به زيادة وهو نسخ ولاطلاق الاحاديث منها ما رواه البخارى ومسلم انه عليه السلام قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم وفى لفظ ما يحرم من النسب ومنها حديث عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام قال ان الله حرم من الرضاع ما حرم من الولادة متفق عليه وما رواه منسوخ روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قوله لا تحرم الرضعة والرضعتان كان فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه أبو بكر الرازى وقال ابن بطال أحاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله تعالى لانه يرويه ابن زيد مرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ومرة عن عائشة ومرة عن أبيه وبمثله يسقط ومذهبنا مذهب علىّ وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين وقال النووى هو قول جمهور العلماء وقال الليث اجمع المسلمون على ان كثير الرضاع وقليله يحرّم فى المهد كما يفطر الصائم الثانى ان مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابى حنيفة وعندهما سنتان وعند زفر ثلاث سنين وقال بعضهم لا حد له للنصوص المطلقة ولنا ان ارضاع الكبير منسوخ بقوله عليه السلام لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام رواه أبو داود ولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين وقوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال حولان وبه قالت الثلاثة الا أن مالكا زاد أياما يسيرة عليهما ولم يحدها وله قوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور بعد قوله تعالى والوالدات يرضعن فثبت ان بعد الحولين رضاع والمعنى فيه أنه لا يمكن قطع الولد عن اللبن دفعة واحدة فلا بد من زيادة مدة يعتاد فيها الصبى مع اللبن للفطام فيكون غذاؤه اللبن تارة والاخرى الطعام الى أن ينسى اللبن وأقل مدة تنتقل بها العادة ستة أشهر اعتبارا بمدة الحبل ولزفر ما قاله أبو حنيفة الا أنه قدر الزيادة بالحول الكامل وأبو حنيفة بنصفه (الا أم أخيه وأخت ابنه) استثناء من قوله حرم به فانه يجوز أن يتزوج بهما من الرضاع ولا يجوز أن يتزوج بهما من النسب لان أم أخيه من النسب تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع وأخت ابنه من النسب ربيبته أو بنته بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج بأخت أخيه من الرضاع كما يجوز أن يتزوج بأخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كان له أخت من الام جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها وكل ما لا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع وقد يحرم من النسب ما لا يحرم من الرضاع كما ذكرنا من الصورتين وههنا صور أخرى تجوز من الرضاع دون النسب الاولى يجوز له أن يتزوج بأم حفده من الرضاع دون النسب الثانية يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب الثالثة يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب الرابعة يجوز لها أن تتزوج بابى أخيها من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب الخامسة يجوز له أن يتزوج أم عمه من الرضاع دون النسب السادسة يجوز له أن يتزوج أم خاله من الرضاع دون النسب والسابعة يجوز لها أن تتزوج بأخ ابنها من الرضاع دون النسب (زوج مرضعة لبنها منه) أى من الزوج والجملة صفة للمرضعة (أب للرضيع) واحترز بذلك عن زوج ليس لبنها منه بأن تزوجت ذات ابن ولبنها بسبب زوج آخر كان لها من قبل رجلا فأرضعت به صبيا فانه لا يكون ولدا له من الرضاع وانما

يكون ربيبه من الرضاع حتى يجوز له أن يتزوج بأولاد الزوج الثانى من غيرها واخواته كما في النسب ويكون ولد الزوج الاول مالم تلد من الثانى فاذا ولدت منه فأرضعت به صبيا فهو ولد الثانى بالاتفاق لان اللبن منه وان لم تحبل من الثانى فهو ولد الاول بالاتفاق وان حبلت من الثانى ولم تلد منه بعد فهو ولد الاول عند أبى حنيفة وقال محمد هو منهما استحسانا وقال أبو يوسف ان علم ان اللبن من الثانى بامارة من زيادة فهو ولد الثانى والا فهو للاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثانى غالبا فهو للثانى وان استويا فهو لهما (وابنه) أى ابن زوج المرضعة (اخ) للرضيع (وبنته) أى بنت الزوج (اخت) للرضيع (وأخوه) أى أخ الزوج (عم) للرضيع (واخته) أى أخت الزوج (عمة) للرضيع لاتحل مناكحة أحد من هؤلاء كما فى النسب وعند الشافعى لبنه لايحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لابعضه قلنا الحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع ولان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينسب اللبن اليه بحكم السببية (وتحل اخت اخيه رضاعا) أى من حيث الرضاع وهو ظاهر (ونسبا) أى من حيث النسب وهو أن يكون له أخ من أب له أخت من أمه جاز له أن يتزوج بها (ولاحل بين رضيعى ثدى) لانهما اخوان وأراد بهما الصبى والصبية اجتمعا على ثدى واحد لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى فغلب المذكر على المؤنث كما فى القمرين للشمس والقمر والابوين للاب والام والمراد اجتماعهما من حيث المكان بأن رضع أحدهما ثدى امرأة رضعه الآخر لامن حيث الزمان بأن يرتضعا معا فى وقت واحد وليس المراد أن يرضعا معا الثدى الايمن أو الايسر بل المراد أن يرضعا هذه المرأة كيف كان فافهم (و) لا (بين مرضعة) بفتح الضاد وهى الصبية المرضعة (و) بين (ولد مرضعتها) بكسر الضاد أى مرضعة المرضعة لان ولد المرضعة بالكسر يكون أخا للمرضعة بالفتح ولايشترط الاجتماع على ثديها هنا حتى لاتكون المسئلة مكررة (و) لاحل أيضا بين المرضعة بالفتح وبين (ولد ولدها) أى ولد المرضعة بالكسر لانه ولد أخيها من الرضاعة (واللبن المخلوط بالطعام لايحرم) عند أبى حنيفة مطلقا سواء كان الطعام غالبا أو مساويا لان غير المائع يستتبع المائع وعندهما يحرم اذا كان اللبن غالبا والخلاف فى غير المطبوخ وأما اذا طبخ فلا حكم له اتفاقا مطلقا وشرط القدورى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن يكون الطعام مستبينا كالثريد قيل هذا اذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة وأن تقاطر اللبن عند حمل اللقمة تثبت به الحرمة وقيل لاتثبت به الحرمة بكل حال واليه مال السرخسى وهو الصحيح وذكر خواهرزاده ان على قول أبى حنيفة انما لاتثبت الحرمة اذا أكل لقمة لقمة اما اذا حساه حسوا تثبت به الحرمة (ويعتبر الغالب لو اختلط (بماء ودواء ولبن شاة) لان المغلوب لايظهر فصار مستهلكا وقال الشافعى تثبت به حرمة الرضاع سواء كان غالبا أو مغلوبا لانه شرب لبن المرأة وبه قال أحمد وعند مالك يعتبر المشوب مالم يستهلك أثر اللبن فيما خلط به (و) كذلك يعتبر الغالب لو اختلط بلبن (امرأة اخرى) عندهما وعند محمد تعلق التحريم بهما كيفما كان وهو رواية عن أبى حنيفة وقول زفر لان الجنس لايغلب الجنس بل يكثره ولهما ان القليل مغلوب بالكثير فصار كاللبن والماء وقول محمد أظهر وأحوط وفى الغاية ولم يذكروا الحكم فيما اذا كانا متساويين وينبغى أن تثبت الحرمة احتياطا (ولبن البكر و) لبن (الميتة محرم) بكسر الراء لانه سبب للنشو

خلافا

خلافا للشافعي في لبن الميتة (لا) يحرم (الاحتقان) باللبن لعدم النشو والتحريم باعتباره وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم وعلى هذا الخلاف لو قطر في اذنه أو وصل الى جائفة أو آمة ولو قطر في احليله لا تثبت به الحرمة والسعوط والوجور يثبت بهما التحريم بالاتفاق (و) لا يحرم أيضا (لبن الرجل) لانه ليس بلبن على التحقيق (و) لا لبن (الشاة) لان الحرمة بواسطة الجزئية ولا جزئية بين الآدمي والبهائم (ولو أرضعت) المرأة الكبيرة (ضرتها) الصغيرة (حرمتا) على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا فلا يجوز كما في النسب (ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) يعني ان كان قبل الدخول بها لان الفرقة من قبلها فصارت كردتها قبل الدخول بها حتى لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو اخذ رجل لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة لها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها (وللصغيرة نصفه) أي نصف المهر لان الفرقة قبل الدخول لا من قبلها (ويرجع) الزوج (به) أي بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة (على الكبيرة ان تعمدت) أي قصدت به (الفساد) أي فساد النكاح بالارضاع (والا) أي وان لم تتعمد الفساد (لا) يرجع به عليها وقال الشافعي يرجع مطلقا تعمدت ذلك أو لا لان فساد النكاح بارضاعها وكان مهرها على صدد السقوط فأكدته فيجب عليها وبه قال زفر وأحمد ومحمد في رواية وعند مالك لا يرجع مطلقا والاصح ما قلنا لان ضمان التسبيب يبنى على صفة التعدي ثم تعمد الفساد انما يتحقق اذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبأن الارضاع مفسد فان فات شئ منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها الا انه لا يعلم الا من جهتها (ويثبت) الرضاع (بما يثبت به المال) وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولا تقبل شهادة النساء المنفردات لان ثبوت الحرمة من لوازم الملك في باب النكاح ثم الملك لا يزول بشهادة النساء المنفردات فلا تثبت به الحرمة وعند الشافعي تثبت بشهادة أربع نسوة وعند مالك بامرأتين وعند أحمد بمرضعة فقط وذكر في الكافي والنهاية أنه لا فرق بين أن يشهد قبل النكاح او بعده وفي المغني خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمه أو اخته أو امرأته بعد العقد وذكره أيضا صاحب الهداية حيث يقول بعد مسائل بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحدة فيه لان القاطع طارئ وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الاقدام عليه ولعدم ازالة الملك والله اعلم

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (الطلاق) *

هو لغة رفع القيد مطلقا مأخوذ من اطلاق البعير وهو ارساله من عقاله وشرعا (هو) أي الطلاق (رفع القيد الثابت شرعا) احترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق واحترز بقوله (بالنكاح) عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا بالنكاح وهو أبغض المباحات وجعلت ولايته الى الرجل لانه المالك كالمسترق لها بالمهر ولانه الاروية لها في أمورها وشرع العدد فيه للتمكن من التدارك عند البداء والندم وانحصر في الثلاث لانه عدد متعين في الشرع وهو أقل الجمع ولا نهاية لأكثره (تطليقها) مرفوع بالابتداء مصدر مضاف الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل تقديره تطليق الرجل امرأته (واحدة) نصب على أنه صفة لمصدر محذوف أي طلقة واحدة

(فى طهر) يتعلق بالمبتدا وقوله (لا وطء فيه) أى فى الطهر جملة فى محل الجر على أنها صفة لطهر (وتركها) بالرفع عطف على المبتدا وهو أيضا مصدر مضاف الى مفعوله والفاعل متروك أى وترك هذا المطلق امرأته (حتى تمضى عدتها) أى حتى أن تمضى أى الى أن تمضى عدتها وقوله (أحسن) خبر المبتدا لما روى عن ابراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تمضى عدتها ولانه أبعد من الندم لتمكنه من التدارك (و) تطليقها (ثلاثا) أى ثلاث طلقات متفرقة (فى) ثلاثة (أطهار حسن وسنى) وقال مالك هو بدعة لان الطلاق محظور فلا يباح الاقدام عليه الا لدفع الحاجة وهو يحصل بالواحدة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضى الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان أحب (و) تطليقها (ثلاثا) أى ثلاث طلقات متفرقة (فى طهر واحد (او بكلمة) واحدة بأن قال أنت طالق ثلاثا فى طهر طلاق (بدعى) أى منسوب الى البدعة لما روى فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال قلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك رواه ابن أبى شيبة والدارقطنى واعلم أنه أراد بقوله ثلاثا فى طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره عند أبى حنيفة وان تخلل التزوج بينهما فلا يكره بالاجماع وقال الشافعى لا تكون الثلاث فى طهر واحد أو فى كلمة بدعة لانه مشروع والحجة عليه ما روينا وذهب جماعة منهم الظاهرية والشيعة الى أن الطلاق الثلاث جملة لا تقع الا واحدة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر رضى الله عنه واحدة فأمضاه عليهم عمر رضى الله عنه رواه مسلم والبخارى ولنا ما روى من حديث العجلانى وفيه طلقها ثلاثا قبل أن يأمره النبى صلى الله عليه وسلم متفق عليه ولم ينقل انكاره وحديث عائشة رضى الله عنها ان امرأة قالت يارسول الله ان رفاعة طلقنى وبت طلاقى متفق عليه ولم ينقل انكاره وقد روى ذلك نصا عن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم أجمعين والجواب عن حديث ابن عباس أنه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث واخبار عن تساهل الناس فى مخالفة السنة فى الزمان المتأخر عن العصرين كأنه قال الطلاق الموقع الآن ثلاثا كان فى ذينك العصرين واحدة (وغير الموطوأة) أى التى لم يدخل بها (تطلق للسنة) وهى الطلقة الواحدة (ولو) كانت (حائضا) وقال زفر لا يطلقها فى حالة الحيض لان قيام النفرة الطبيعية والمنع الشرعى فيه لا يختلف بالدخول وعدمه فصارت كالمدخول بها وبه قال مالك فى رواية ولنا أن الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت أو طاهرة حتى يحصل مقصوده بخلاف المدخول بها فان طهرها هو زمان تجدد الرغبة (وفرق) الزوج الطلاق (على الاشهر) أى أشهر العدة بأن يطلقها للسنة واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر فأخرى (فيمن لا تحيض) لصغر أو كبر أو حمل لقيام الشهر مقام الحيض فى حقها خاصة دون الطهر فى الاصح وله أن يطلقها عقيب الوقاع وقال زفر لا يطلقها فى الحال لكن بعد شهر وأما فى الحامل فانه لو أوقعها عقيب الجماع يجوز بالاجماع ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق والعدة عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان

بالاهلة

بالاهلة وهى مسئلة الاجارة (وصح طلاقهن) أى طلاق ذوات الاشهر والحامل (عقيب الوطء) من غير فصل وقال زفر يفصل بينهما بشهر فى ذوات الاشهر وقد ذكرناه الآن ولم يذكر الشيخ طلاق الحامل منفردا لانه داخل فى قوله فيمن لا تحيض وحكمها عندهما حكم من لا تحيض فى حق ايقاع الطلاق ابتداء وفى حق التفريق وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة (وطلاق الموطوأة) أى التى دخل بها حال كونها (حائضا بدعى) لما ذكرنا وقال أهل الظاهر لا يقع لانه منهى عنه فلا يكون مشروعا ولنا ما روينا من حديث ابن عمر وكان ابنه قد طلقها فى حالة الحيض لان المراجعة بدون وقوع الطلاق محال (فيراجعها) يعنى اذا كان طلاق الموطوأة بدعيا فالواجب عليه أن يراجعها كذا نص عليه صاحب الهداية عملا بحقيقة الامر فى حديث ابن عمر وقال القدورى يستحب أن يراجعها (فيطلقها فى طهر ثان) يعنى اذا طهرت من تلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق ثم حاضت ثم طهرت وهو الطهر الثانى فيطلقها فيه فى ظاهر الرواية وهو المذكور فى الاصل وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة وقال الكرخى ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وما ذكره فى الاصل قولهما وجه ما ذكره الطحاوى ما روى سالم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت رواه مسلم والاربعة ووجه ما ذكر فى الاصل ما رواه نافع عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض وفى رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رضى الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء رواه الجماعة غير ابن ماجه (ولو قال) رجل (لموطوأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة) لانه مطلق فيتناول الكامل وعند الشافعى وأحمد فى رواية يقعن فى الحال وعند مالك واحدة هذا اذا لم ينو شيأ أو نوى أن يقع عند كل طهر طلقة وكانت هى من ذوات الحيض وان كانت من ذوات الاشهر يقع للحال طلقة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى وكذا الحامل ان لم تكن له نية أو نوى كذلك وان كان قبل الدخول بها وقعت للحال طلقة ثم لا يقع عليها قبل التزوج شىء لان تقديرهذا الكلام أنت طالق ثلاثا لوقت السنة فينصرف الى السنة فى حق كل واحدة منهن (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة أو) نوى أن يقع (عند كل شهر) طلقة (واحدة صحت) نيته وقال زفر لا تصح لانه نوى ضد السنة ولنا أنه نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا جملة أو متفرقا على الاطهار صح هكذا ذكره السرخسى وشيخ الاسلام وصاحب الاسرار وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وجماعة منهم صاحب الهداية أنه لا يصح نية الجملة فيه (ويقع طلاق كل زوج عاقل) فلا يقع طلاق المجنون (بالغ) فلا يقع طلاق الصبى لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون والمعتوه والمغمى عليه كالمجنون وكذا النائم لا يقع طلاقه والمعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم (ولو) كان المطلق (مكرها) وقال الشافعى طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وبه قال مالك وأحمد ولنا عموم ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن

جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الطحاوي وغيره وقال الترمذي حديث حسن وخرجه الحاكم في المستدرك وقال هذا صحيح الاسناد والمراد بما رواه أحكام الآخرة لان عينه ليس بمراد لوجوده حقيقة وحكمه دنيوي وأخروي فلا يتناولهما لفظ واحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا ثم جملة ما يصح من الاحكام مع الاكراه عشرة الطلاق والعتاق والنكاح والعفو عن القصاص والرجعة والايلاء والفيء فيه والظهار واليمين والنذر وقوله (وسكران) عطف على قوله مكرها أي ولو كان المطلق سكران وعند الشافعي في قول وأحمد في رواية لا يقع طلاقه وهو قول الكرخي والطحاوي لانه يعتمد على صحة العقل وهو زائل فصار كما لو زال بدواء أو بنج واختيار أبي الفضل الكرماني أن الفتوى عليه وفي العيون يفتى بالوقوع ولو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب أو العسل لا يقع طلاقه عندهما وعند محمد يقع بناء على أنه حرام أم لا وفي المحيط ذكر عبد العزيز الترمذي سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق وفي الغاية وشرب البنج والدواء يكون غالبا للتداوي فلا يكون زوال العقل بسبب المعصية ولئن وقع على وجه المعصية فلا يقع طلاقه ايضا لان الحكم للغالب لا للنادر ولهذا لو شرب الخمر أو النبيذ فأخذه الصداع فزال عقله بالصداع لا بالسكر لا يقع طلاقه لان زوال العقل لم يحصل بسبب هو معصية وفي التحفة المكره على شرب الخمر أو المضطر اذا شرب فسكر فان طلاقه لا يقع لان هذا ليس بمعصية ثم قال وبعض المشايخ قالوا يقع وقال في الايضاح يقع لان الزوال حصل بفعل هو محظور في الاصل والاول هو الصحيح وقوله (وأخرس) عطف على قوله سكران أي ولو كان أخرس يقع طلاقه (باشارته) اذا كانت تعرف لحاجته اليه وكذا جميع تصرفاته كاعتاقه وبيعه وشرائه وغيرها وفي الينابيع هذا اذا ولد أخرس أو طرأ عليه ودام وان لم يدم لا يقع طلاقه وسواء كان المطلق (حرا أو) كان (عبدا) وانما وقع طلاق العبد على امرأته دون طلاق مولاه لقول ابن عباس رضي الله عنهما جاء النبي عليه الصلاة والسلام رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي عليه السلام المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وفيه مقال ورواه الدارقطني من غيره (لا) يقع (طلاق الصبي والمجنون والنائم) لما ذكرنا (و) لا طلاق (السيد على امرأة عبده) لما روينا (واعتباره) أي اعتبار عدد الطلاق (بالنساء) حتى كان طلاق الحرة ثلاثا وطلاق الامة ثنتين حرا كان زوجهما أو عبدا وقال الشافعي يعتبر الطلاق بحال الرجل لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روته عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ويروى قرآن رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حديث غريب وما رواه موقوف على ابن عباس ذكره أبو الفرج ولئن ثبت فمعناه أن ايقاعه بالرجال دون عدده (فطلاق الحرة ثلاث) أي ثلاث طلقات (و) طلاق (الامة ثنتان) أي طلقتان وقد بيناه

هذا (باب) في بيان أحكام الطلاق (الصريح)

وهو ماظهر المراد منه ظهورا بينا حتى صار مكشوف المراد ومنه سمى القصر صرحا لظهوره (هو) أى الطلاق الصريح كقوله لامرأته (أنت طالق و) أنت (مطلقة وطلقتك يقع) بهذه الالفاظ طلقة (واحدة رجعية) لانه تعالى أثبت الرجعة بعد الطلاق الصريح فى قوله جل ذكره الطلاق مرتان الآية وقوله (وان نوى) المطلق (الاكثر) أى من واحدة واصل بما قبله (أو) نوى (الابانة أو لم ينو شيأ) لما قلنا انه ظاهر المراد فتعلق الحكم بعين الكلام وقال زفر والشافعى ومالك وأحمد يقع ما نوى لانه محتمل لفظه قلنا قوله طالق نعت فرد والعدد ضده ولو قال أنت طالق ونوى به الطلاق عن وثاق لم يصدق قضاء ويدين بينه وبين الله تعالى ولو قال أنت طالق عن وثاق لم يقع فى القضاء شئ وكذا لو قال من هذا القيد ولو نوى بأنت طالق الطلاق من هذا العمل لم يصدق ديانة وقضاء وعن أبى حنيفة أنه يدين وفى الاختيار ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يقع الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا (ولو قال أنت الطلاق أو) قال (أنت طالق الطلاق أو) قال (أنت طالق طلاقا تقع) طلقة (واحدة رجعية) لان ذكر المصدر معرفا ومنكرا للتأكيد وتوصيفها بالطلاق للمبالغة كرجل عدل ولا يحتاج الى النية لانه صريح وهو معنى قوله (بلانية) والباء تتعلق بيقع (أو نوى) بهذه الالفاظ طلقة (واحدة) لانه حقيقة كلامه (أو) نوى (ثنتين) أى طلقتين يكون واحدة أيضا لان اللفظ لا يحتمل العدد وقال زفر والشافعى ومالك تصح نية الثنتين لانه اذا صح الثلاث تصح الثنتان لانهما بعضه قلنا انما صحت نية الثلاث لانها جنس الطلاق لا من حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحت نية الثنتين لان ذلك جنس طلاقها (وان نوى ثلاثا) أى ثلاث طلقات (فثلاث) أى فيقع ثلاث لما قلنا (وان أضاف الطلاق الى جملتها) أى الى جملة المرأة بأن قال لها أنت طالق (أو) أضاف (الى ما يعبر به عنها) أى عن جملتها (كالرقبة) بأن قال رقبتك طالق (والعنق) بأن قال عنقك طالق (والروح) بأن قال روحك طالق (والبدن) بأن قال بدنك طالق (والجسد) بأن قال جسدك طالق (والفرج) بأن قال فرجك طالق (والوجه) بان قال وجهك طالق (أو) أضاف (الى جزء شائع منها) أى من المرأة (كنصفها) بان قال نصفك طالق (أو ثلثها) بأن قال ثلثك طالق (تطلق) المرأة فى هذه الوجوه كلها أما فى الاضافة الى الجملة فظاهر وأما فيما يعبر بها عنها فلانها تذكر ويراد به الجملة وأما فى الجزء الشائع فلانه محل لسائر التصرفات كالبيع ونحوه فكذا يكون محلا للطلاق الا أنه لا يتجزأ فى حق الطلاق فيثبت فى الكل بخلاف البيع لان النفس تتجزأ فى حقه فيقتصر على الجزء المضاف اليه (و) ان أضاف الطلاق (الى اليد) بأن قال يدك طالق (والرجل) بأن قال رجلك طالق (والدبر) بأن قال دبرك طالق (لا) يقع لانها لا يعبر بها عن الجملة وقال زفر والثلاثة يقع لانه جزء مستمتع بالنكاح ولو أضافه الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق لا يقع بالاجماع الا فى رواية عن مالك والشافعى فى قول واختلف فى الظهر والبطن والاصح لا وذكر فى الدم روايتان فان قلت يعبر باليد عن الجميع كقوله تعالى تبت يدا أبى لهب وكذلك القلب كقوله تعالى فانه آثم قلبه قلت لم يعرف استمرار استعماله لغة ولا عرفا وانما جاء به على وجه الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون باليد أو بالقلب عن الجملة وقع الطلاق أى شئ كان ذلك العضو (ونصف التطليقة) بالرفع والنصب أما الرفع فعلى أنه مبتدأ

وأما النصب فعلى أنه صفة لمصدر محذوف تقديره قال انت طالق تطليقا نصف التطليقة هذا من حيث التركيب وأما من حيث الايقاع فهو أن يقول أنت طالق نصف تطليقة (أو ثلثها) أى أو ثلث التطليقة بان قال أنت طالق ثلث تطليقة ويجوز فيه الوجهان أيضا الرفع على العطف والنصب على ماذكرنا وقوله (طلقة) بالرفع ليس الا لانه اما خبر عن قوله ونصف التطليقة أو خبر عن مبتدأ المحذوف تقديره اذا قال أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة هو طلقة واحدة لعدم التجزى (وثلاث أنصاف تطليقتين) بالرفع والنصب أيضا على ماذكرناه وقوله (ثلاث) أى ثلاث طلقات بالرفع ليس الا أيضا كماذكرنا صورته قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث طلقات لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف يقع ثلاث تطليقات ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانهما طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل فى نفسه فيصير ثلاثا ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهى مدخول بها طلقت ثلاثا لماذكرنا بخلاف ما اذا قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة لان الثانى والثالث معرف فيكون عين الاول بخلاف الاولى لان التطليقة فيها منكر والمنكر اذا أعيد منكرا كان الثانى غير الاول (ولو) قال أنت طالق (من واحدة) الى ثنتين (أو) قال أنت طالق (ما بين واحدة الى ثنتين) تطلق (واحدة) وارتفاع واحدة على انه فاعل لفعل محذوف أو خبر مبتدا المحذوف تقديره فالواقع واحدة وهذا عند ابى حنيفة تدخل الغاية ولا يدخل الانتهاء وعندهما تقع ثنتان لدخول الابتداء والانتهاء جميعا وعند زفر لا يقع شئ لعدم دخولهما (و) لو قال أنت طالق من واحدة (الى ثلاث) فالواقع (ثنتان) عند أبى حنيفة وثلاث عندهما وواحدة عند زفر على الاصل المذكور وقد حاج الاصمعى زفر فى هذه المسئلة على باب الرشيد فقال ما تقول فى رجل قال أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول فى رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين أيكون ابن تسع سنين فتحير فقال استحسن فى مثل هذا ولو قال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف وقيل يقع واحدة اتفاقا ولو قال ما بين واحدة وثلاث يقع واحدة يروى ذلك عن أبى يوسف (و) لو قال أنت طالق (واحدة فى ثنتين) يقع (واحدة ان لم ينو) الثنتين (أو نوى الضرب) والحساب لان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا فى زيادة المضروب اذ لو أفادها لم يوجد فى الدنيا فقير وتكثير أجزاء الطلقة الواحدة لا يوجب تعددها مالم تزد الاجزاء على الواحدة وعند زفر ومالك وأحمد والشافعى فى قول يقع ثنتان لعرف الحساب (وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) أى فالواقع ثلاث طلقات ان كان مدخولا بها لوجود معنى الجمع وان لم يكن مدخولا بها فواحدة كقوله أنت طالق واحدة وثنتين ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث مطلقا (و) لو قال أنت طالق ثنتين فى ثنتين (فالواقع ثنتان وان نوى الضرب) والحساب أو لم يكن له نية لماذكرنا ولو نوى ثنتين مع ثنتين أو ثنتين وثنتين وهى مدخول بها فهى ثلاث ولو نوى الضرب أو الظرف يقع ثنتان (و) لو قال أنت طالق (من هنا الى الشأم يقع (واحدة رجعية) وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولنا أنه وصفه بالقصر لان الطلاق متى وقع وقع فى الاماكن كلها ونفسه لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه يكون

رجعيا وقيل ان قوله الى الشأم للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشأم يكون بائنا (و) لو قال أنت طالق (بمكة أو فى مكة أو فى الدار) فالطلاق فى هذه الصور (تنجيز) أى واقع فى الحال لانه لا اختصاص له بالمكان وكذا لو قال أنت طالق فى ثوب كذا او فى الشمس أو فى الظل ولو قال أنت طالق الى الشتاء أو الى رأس الشهر يتعلق عندنا خلافا لزفر (واذا) قال أنت طالق اذا (دخلت مكة) فالطلاق (تعليق) بدخول مكة فلا تطلق حتى تدخلها لوجود حقيقة التعليق

* هذا (فصل) فى اضافة الطلاق الى الزمان لو قال رجل لامرأته (أنت طالق غدا أو فى غد تطلق عند الصبح) يعنى بطلوع الفجر لانها موصوفة بالطالقية فى جميع الغد وذلك يستلزم وقوعه فى أول أجزائه وعند مالك يقع فى الحال (ونية العصر) يعنى نية آخر النهار فى الصورتين المذكورتين (تصح فى) الصورة (الثانية) يعنى فى قوله أنت طالق فى غد ولا تصح فى قوله انت طالق غدا ومراده فى القضاء وأما ديانة فيصدق فيهما وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يصدق فيهما قضاء ويصدق فيهما ديانة لانه وصفها بالطالقية فى جميع الغد فيقع فى أول جزء منه ضرورة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص وفيه تخفيف عليه فلا يصدق وحرف فى وعدمه سواء لوجود الظرف وله وهو الفرق أن كلمة فى للظرف وهو لا يقتضى الاستيعاب بل اذا أشغل جزأ منه يكفى فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء وان كان فيه تخفيف بخلاف قوله أنت طالق غدا فانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف (وفى) قوله أنت طالق (اليوم غدا أو غدا اليوم يعتبر) المذكور (الاول) حتى يقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى غد لانه حين ذكر الاول ثبت حكمه فلا يتغير بذكر الثانى ولو قال أنت طالق اليوم وغدا أو أنت طالق غدا واليوم تقع واحدة فى الاولى وفى الثانية ثنتان وعند الشافعى فى قول يقع غدا أخرى فى الاولى وعند زفر يقع واحدة فيهما جميعا ولو قال أنت طالق آخر النهار وأوله تطلق ثنتين ولو قال فى أول النهار وآخره تطلق واحدة ولو قال لامرأته (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو) قال لها أنت طالق (أمس و) الحال انه قد (نكحها اليوم) فكلامه هذا (لغو) لا يقع به الطلاق لانه اضافه الى وقت لم يكن مالكا له فيه فلغا كما اذا قال أنت طالق قبل ان اخلق أو قبل ان تخلقى أو طلقتك وأنا صبى أو نائم أو مجنون وجنونه كان معهودا بخلاف ما اذا قال لعبده أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر امس وقد اشتراه اليوم حيث يعتق عليه لاقراره له بالحرية قبل ملكه ألا ترى ان من قال لعبد غيره اعتقك مولاك ثم اشتراه يعتق عليه (وان) كان (نكحها) اى المرأة (قبل أمس) فيما اذا قال لها أنت طالق امس (وقع) الطلاق (الآن) أى الساعة لانه لم يسنده الى حالة منافية فصح (و) لو قال لها (أنت طالق مالم أطلقك او) قال انت طالق (متى لم اطلقك او) قال انت طالق (متى مالم اطلقك وسكت طلقت) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حين سكت فيقع (وفى) قوله أنت طالق (ان لم اطلقك) وفى قوله أنت طالق (اذا لم اطلقك او) انت طالق (اذا مالم اطلقك لا) تطلق (حتى يموت احدهما) اى احد الزوجين قبل ان يطلق اما فى ان فالمسئلة اتفاقية لانها للشرط حقيقة وقد علقه بعدم الفعل وتحققه باليأس عن الوقوع وذلك بالموت فيقع فى آخر جزء من اجزاء حياته او حياتها واما اذا واذا ما فهى كان عند ابى حنيفة لانها تستعمل للشرط

وعندهما هي كتى فيقع الطلاق عليها حين سكت وبه قالت الثلاثة والخلاف فيما اذا لم ينو أحدهما فان نوى الشرط لا يقع وان نوى الوقت يقع اجماعا ولو قال (أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) موصولا (طلقت هذه الطلقة) يعني الطلقة المستفادة من قوله أنت طالق الذي في آخر الكلام والقياس أن يقع ثنتان ان كان مدخولا بها وهو قول زفر لانه اضافه الى زمان خال عن التطليق وقد وجد وان كان قليلا وهو زمان اشتغاله بالطلاق قبل ان يفرغ منه وجه الاستحسان ان زمان البر غير داخل في اليمين وهو المقصود به ولا يمكن تحقيقه الا باخراج ذلك القدر عن اليمين ولو قال لامرأة (انت كذا) اى طالق (يوم اتزوجك فنكحها ليلا حنث) اى وقع الطلاق (بخلاف الامر باليد) حيث لا يحنث فيه صورته ان يقول لامرأته أمرك بيدك يوم قدوم زيد مثلا لا يكون أمرها بيدها الا اذا قدم بالنهار والفرق ان اليوم يذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره أي وقتئذ ويذكر ويراد به بياض النهار قال تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة أي نهارها ثم اذا قرن بفعل ممتد يراد به الثاني وبغير ممتد يراد به الاول ونعني بالممتد ما يقبل التأقيت كالامر باليد والصوم وبغيره ما لا يقبله كالطلاق والتزوج (و) لو قال لامرأته (أنا منك طالق) فهو (لغو) فلا يقع به الطلاق (وان نوى) الطلاق وقال الشافعي يقع اذا نوى لانه شرع لازالة النكاح وهو قائم بهما جميعا وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه شرع لازالة القيد والقيد عليها الا عليه (وتبين) المرأة (في البائن) أي في قوله أنا منك بائن (و) كذا في (الحرام) بأن قال أنا منك حرام لان الابانة والتحريم ازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ولو قال أنا بائن أو حرام ولم يزد عليه تطلق اذا نوى لاحتمال أن يكون له امرأة أخرى فيريدها بذلك (و) لو قال لها (أنت طالق واحدة أو لا أو) قال أنت طالق (مع موتي أو) قال أنت طالق (مع موتك) فهو (لغو) فلا يقع به الطلاق أما الاول فالمذكور قولهما وعند محمد تطلق واحدة رجعية وهي رواية عن أبي يوسف لانه أدخل الشك في الواحدة فأسقطت ويبقى قوله أنت طالق واحدة ولهما ان الشك في الايقاع فصار كقوله انت طالق أو لا شيء وأما الثاني والثالث فلانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما (ولو ملكها) أي ولو ملك الزوج امرأته بأن كانت أمة فاشتراها أو اتهبها أو ورثها ونحو ذلك (أو) ملك (شقصها) أي جزأ منها بأن اشترى نصفها أو ورثه (أو ملكته) المرأة (أو) ملكت (شقصه) أي جزاه بمثل ما ذكرنا (بطل العقد) أما الاول فلان ملك النكاح ضروري وقد استغنى عنه بالاقوى وأما في الثاني فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فان قلت المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح قلت ليس له ملك بل له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فلو اشتراها) أي فلو اشترى امرأته (وطلقها لم يقع) الطلاق عليها الان وقوعه يستدعي قيام النكاح من كل وجه او من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة هنا اتفاقا وقيام العقد من وجه يكفي لوقوع الطلاق عليها بخلاف ما اذا ملكها هو لانه لا عدة عليها هنالك حتى حل وطؤها قلنا العدة واجبة هنالك ايضا حتى لا يجوز له ان يزوجها من غيره حتى تنقضي عدتها ولو اعتقها ظهرت العدة وانما لم تظهر بالنسبة اليه لحل وطئها له بملك اليمين فتبين ان هذا الفرق غير صحيح (و) اذا قال لزوجته الامة (أنت طالق ثنتين) اى طلقتين

(مع عتق مولاك اياك فأعتق) المولى الامة طلقت ثنتين والزوج (له الرجعة) لانه يطلق وهى حرة والحرة لا تحرم بالطلقتين حرمة غليظة فان قلت كلمة مع للقران فكيف يتصور هذا قلت قد تجىء للتأخر كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسرا اى بعده فان قلت فعلى هذا ينبغى أن يصح قوله لاجنبية انت طالق مع نكاحك ومع هذا لا يصح ولا يقع الطلاق اذا تزوجها قلت انما تركت الحقيقة فى ذلك باعتبار أنه مالك للطلاق تنجيزا أو تعليقا وفى هذا هو أجنبى فلا يملك اصلا ولكن يملك اليمين فان صح التركيب بذكر حروفه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين (ولو تعلق عتقها) اى عتق الامة (و) تعلقت (طلقتاها) ايضا (بمجىء الغد) بان قال لها مولاها اذا جاء غد فانت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين (فجاء) الغد (لا) يملك الزوج الرجعة عندهما وقال محمد يملك كما فى المسئلة الاولى ولهما انها حرمت عليه بالطلقتين حرمة مغلظة لان كلا منهما معلق بمجيئه فيقعان معا لاتحاد شرطهما والعتق يصادفها وهى أمة وكذا الطلاق لاتحاد زمان وقوعهما فتبين بثنتين (وعدتها ثلاث حيض) بلا خلاف للاحتياط ولو قال (انت طالق هكذا واشار بثلاث اصابع فهى) أى اشارته هذه (ثلاث) طلقات لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا كما فى حديث الشهر ولو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو نوى الاشارة بالكف ولو قال أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهى واحدة لان الاشارة تفسير العدد المبهم ولم يوجد فلغت ويبقى قوله أنت طالق وهو لا يحتمل العدد ولو قال (انت طالق بائن او) أنت طالق (البتة) وانتصابها على المصدرية من بت أمره اذا قطع فيه وجزم (او) قال أنت طالق (افحش الطلاق) وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف (او) قال أنت طالق (طلاق الشيطان او) قال أنت طالق طلاق (البدعة أو) قال أنت طالق (كالجبل أو) قال أنت طالق (اشد الطلاق أو) قال أنت طالق (كألف او) قال أنت طالق (ملء البيت او) قال أنت طالق (تطليقة شديدة او) قال أنت طالق تطليقة (طويلة او) قال أنت طالق تطليقة (عريضة فهى) أى الطلقة (واحدة بائنة) لانه وصفه بما يحتمله فكان تعيينا لاحد محتمليه فيصح ويترتب عليه موجبه وقال الشافعى يقع واحدة رجعية ان دخل بها لانه شرع معقبا للرجعة وتوصيفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو وعن محمد فى طلاق الشيطان أو البدعة رجعى وعن أبى يوسف فى كالجبل أو مثل الجبل رجعى وعن محمد فى قوله كألف يقع ثلاث عند عدم النية أيضا فصار كقوله كعدد ألف وكذا فى قوله كمائة وبه قال أحمد ولو قال كالنجوم فواحدة وكعدد النجوم فثلاث ومثل التراب واحدة رجعية عند محمد وعدد التراب ثلاث عنده خلافا لابى يوسف ولو قال أنت طالق كثلاث فهى واحدة بائنة عند أبى يوسف وثلاث عند محمد وفى الطويلة والعريضة رجعى عند زفر لان الطلاق لا يقبل هذا الوصف فيلغو ولنا أنه يراد به العظم فصار كقوله عظيمة وقيد بقوله (ان لم ينو) بهذه الالفاظ (ثلاثا) لانه ان نواها يقع ثلاثا لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيأ يثبت الادنى للتيقن به بخلاف قوله أفضل الطلاق أو أكمله أو أعدله أو أحسنه أو أجمله حيث يقع واحدة رجعية عند عدم النية أو نوى واحدة أو ثنتين ويحتمل الثلاث لذكر المصدر

* هذا (فصل في) بيان أحكام (الطلاق قبل الدخول) بامرأته * (طلق) رجل امرأته (غير الموطوأة ثلاثا) أى ثلاث طلقات (وقعن) أى الثلاث لانه ايقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة وعند الحسن البصرى تقع واحدة (وان فرق) الطلاق بان قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو قال أنت طالق طالق طالق أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق (بانت) المرأة (بواحدة) لانه مالم يعلق الكلام بشرط أو يذكر فى آخره مايغير صدره كان كل لفظ ايقاعا على حدة فيقع بالاول وتبين لا الى عدة فتصادفها الثانية وهى بائن فلا تقع وعند مالك وأحمد تطلق ثلاثا اذا كان بعطف وهو قول ابن أبى ليلى وربيعة والشافعى فى القديم (ولو ماتت) المرأة (بعد الايقاع) أى بعد قوله أنت طالق (قبل العدد) أى قبل قوله ثلاثا (لغا) كلامه ولم يقع به شئ لان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكره بطل المحل فلا يقع شئ (ولو قال) لامرأته (انت طالق واحدة وواحدة او) قال أنت طالق واحدة (قبل واحدة او) قال أنت طالق واحدة (بعدها واحدة تقع) طلقة (واحدة) بائنة فى الصور الثلاث جميعا اما الاولى فلما ذكرنا وأما الثانية فلان القبلية صفة للاولى والايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فوقعت الواحدة فبانت بها فلا يقع بعدها وأما الثالثة فلان البعدية صفة للاخيرة وقد حصلت الابانة قبلها فلا تقع (وفى) قوله أنت طالق واحدة (بعد واحدة او) أنت طالق واحدة (قبلها واحدة او) قال أنت طالق واحدة (مع واحدة او) قال أنت طالق واحدة (معها) واحدة فالواقع فى هذه الصور الاربع (ثنتان) أى طلقتان اما الاولى فلان البعدية صفة للاولى لخلو الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الطلاق الواحد فى الحال وايقاع الاخرى قبلها فيقترنان وقوعا وعند الشافعى تقع واحدة واما الثانية فلان القبلية صفة للاخرى لاقترانها بالضمير فاقتضى ايقاعها فى الماضى والاولى واقعة فى الحال والايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقترنان فى الوقوع جملة وعند الشافعى يقع واحدة وعنه لا يقع شئ واما الاخيرتان فلان كلمة مع للمقارنة اقترنت بالضمير أولا وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة يقع واحدة واذا قال لامرأته (ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت) الدار (تقع) طلقة (واحدة) عند أبى حنيفة وعندهما تقع ثنتان لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وله أن الواو للجمع أو للترتيب فوقع الشك فى الوقوع فلا يقع بالشك الا الاولى (وان اخر الشرط) بأن قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار (فثنتان) أى فالواقع ثنتان أى طلقتان بالاتفاق لان صدر الكلام يتوقف على آخره لوجود المغير فيه فكان فى حكم البيان ولو عطف بالفاء قال الكرخى والطحاوى انه على الخلاف المذكور وذكر أبو الليث أنه يقع واحدة عند الكل ان قدم الشرط وهو الاصح ولو عطف بثم وأخر الشرط فان كان مدخولا بها يقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط وان كانت غير مدخول بها يقع فى الحال واحدة ويلغو الباقى وان قدم الشرط تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثانى ولغا الثالث عند أبى حنيفة وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط أو اخره الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلاثا ان كانت مدخولا بها والا تطلق واحدة

هذا

هذا (باب) في بيان أحكام (الكنايات)

الكناية مالا يظهر المراد منه الا بنية (لا تطلق) المرأة (بها) أي بالكناية (الا بنيته) أي نية المطلق (أو دلالة الحال) كمذاكرة الطلاق وحالة الغضب والمفهوم من هذا أن الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال وليس كذلك وانما يقع ببعضها دون بعض وذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات أيضا ثلاثة أقسام قسم منها يصلح جوابا ولا يصلح ردا ولا سبا وهي ثلاثة ألفاظ أمرك بيدك اختاري واعتدي ومرادفها وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا وهي خمسة ألفاظ خلية برية بتة بائن حرام ومرادفها وقسم يصلح جوابا وردا ولا يصلح سبا وشتيمة وهي خمسة ألفاظ اخرى أخرجي اغربي اذهبي قومي تقنعي ومرادفها ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشئ منها الا بالنية والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حالة مذاكرة الطلاق وهي ان تسأله المرأة طلاقها أو يسأله أجنبي يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الاول والثاني ولا يصدق في قوله في عدم النية وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثاني والثالث ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب فقط وهو القسم الاول قلت معنى قولهم يصلح جوابا وردا الاغير أي جوابا لسؤال المرأة الطلاق ورد الكلام المرأة عند سؤالها الطلاق وذكروا هذا القسم خمسة وذكره الصدر الشهيد سبعة ألفاظ الخمسة المذكورة واستتري وتخمري وذكر في شرح أبي نصر تزوجي أيضا وهذا في معنى ابتغي الازواج وألحق في شرح الطحاوي بهذا القسم الحقي بأهلك حبلك على غاربك لا سبيل لي عليك لا نكاح بيني وبينك لا ملك لي عليك ومعنى قولهم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا هو أن معنى قوله أنت خلية لاني طلقتك وكذا معنى البواقي ومعنى احتمالها الشتيمة أن المراد أنت خلية عن الخير خلية العذار برية عن الطاعات والمحامد أو عن الاسلام بائن عن كل رشد أو بائن عن الدين بتة عن الاخلاق الحسنة حرام الصحبة والعشرة ويقال حرام مكروه مستخبث قبيح وانما قلنا لا يقع الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال لان ألفاظ الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح وقال الشافعي لا اعتبار بالدلالة بل لا بد من النية لانه مختار في جميع أحواله أولا يبعد ان يضمر خلاف الظاهر ولنا أن الحال أقوى دلالة من النية لانها ظاهرة والنية باطنة (فتطلق) المرأة (واحدة رجعية في) ألفاظ ثلاثة وهي قوله لها (اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة) ولو نوى واحدة أو ثنتين كما في الصريح اذا لم يذكر المصدر اما الاول فلقوله عليه السلام لسودة بنت زمعة اعتدي ثم راجعها وعند مالك وأحمد تقع بائنة وأما الثاني فانه أمر بالاستبراء بناء على ما سبق من الطلاق وعند مالك وأحمد يقع أيضا بائنة وأما الثالث فعند زفر يقع بها طلقة بائنة لانها كناية وبه قال مالك وأحمد ولنا انه نعت مصدر محذوف وهي طلقة فيكون رجعيا ولا اعتبار باعراب الواحدة عند عامة المشايخ وقيل ان نصبها وقع وان لم ينو وان رفع لا يقع شئ وان نوى وان سكنها يحتاج الى النية لاحتمال الامرين والصحيح الاول (و) يقع (في غيرها) اى في غير هذه الالفاظ الثلاثة طلقة (بائنة) وعند الشافعي الكنايات كلها رواجع لان الواقع بها طلاق فان نوى وقع والا فلا فصار كقوله أنت واحدة ولنا انه بالابانة وبما في معناها تقع البينونة فكان الواقع بها بائنا وقوله (وان نوى) واصل بما قبله يعني وان نوى بالفاظ الكنايات غير الالفاظ

الثلاثة (ثنتين) أى طلقتين فان الواقع أيضا واحدة بائنة خلافا لزفر والثلاثة على مامر (وتصح نية الثلاث) أى فى الكنايات كلها الا فى اختارى على ما يجىء وكان يجب عليه التنبيه على ذلك فاطلاقه فى غير محله وعند مالك يقع ثلاث بالكنايات عند نية الطلاق ونية الواحدة مخصوصة بغير المدخول بها (وهى) أى ألفاظ الكنايات اثنان وعشرون لفظا على ماذكره هنا الاول (بائن) وهو نعت للمرأة من البين والبينونة وهما الفرقة فيحتمل أن يكون عن النكاح وعن المعاصى وعن الخيرات ونحو ذلك الثانى (بتة) من البت وهو القطع فيحتمل الانقطاع عن النكاح أو عن الخيرات أو الاقارب ونحوها الثالث (بتلة) من بتلت الشئ اذا ابنته عن غيره فيحتمل ما يحتمله البت الرابع (حرام) وأصله المصدر كالحرمة ويراد به النعت ومعناه الممنوع فيحتمل ما يحتمله البتة والبتلة الخامس (خلية) من الخلو بضم الخاء من حد دخل فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح السادس (برية) من البراءة من حد علم فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح السابع (حبلك على غاربك) وهو استعارة عن التخلية والغارب ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل ما يحتمله خلية الثامن (الحقى بأهلك) وهو أمر من لحق من حد علم وفتح الالف وكسر الحاء خطأ فانه يصير من الالحاق وهو فعل متعد والصحيح ان يجعل من اللحوق فيحتمل لانى طلقتك أو سيرى بسيرة أهلك التاسع (وهبتك لاهلك) فيحتمل انى عفوت عنك لاجل أهلك أو وهبتك لهم لانى طلقتك العاشر (سرحتك) الحادى عشر (فارقتك) فيحتملان التسريح والمفارقة بالطلاق وبغيره وقال الشافعى هما صريحان لا يحتاجان الى النية الثانى عشر (امرك بيدك) أى عملك بيدك فيحتمل الامر باليد فى الطلاق فيكون تفويضا له اليها ويحتمل غيره فى تصرف آخر الثالث عشر (اختارى) فيحتمل اختيار نفسها بالفراق عن النكاح أو فى أمر آخر وفى هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها الرابع عشر (انت حرة) فيحتمل عن حقيقة الرق أو رق النكاح الخامس عشر (تقنعى) وهو أمر بأخذ القناع على وجهها فيحتمل لانك بنت منى بالطلاق وحرم على نظرك أو عن الاجنبى لئلا ينظر اليك السادس عشر (تخمرى) وهو أمر بأخذ الخمار فيحتمل ما يحتمله تقنعى السابع عشر (استترى) وهو أمر بالسترة فيحتمل ما يحتمله ما قبله الثامن عشر (اغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة أى تباعدى عنى لانى طلقتك او لزيارة أهلك وروى اعزبى من العزوبة التاسع عشر (اخرجى) وهو مثل ما قبله العشرون (اذهبى) وهو أيضا مثل ما قبله الحادى والعشرون (قومى) وهو مثل اغربى الثانى والعشرون (ابتغى الازواج) أى اطلبيهم فيحتمل لانى طلقتك أو ابتغى الازواج من النساء لان الزوج لفظ مشترك بين الرجال والنساء (ولو قال) لامرأته (اعتدى) واعتدى واعتدى وهو معنى قوله (ثلاثا) أى ثلاث مرات (ونوى بالاول) أى باللفظ الاول من هذه الالفاظ الثلاثة (طلاقا و) نوى (بما بقى) وهما اللفظتان (حيضا صدق) قضاء لانه نوى حقيقة كلامه (وان لم ينو بما بقى شيأ فهى) أى الالفاظ الثلاثة (ثلاث) طلقات لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل شيأ حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وهذا يتصور على اثنى عشر وجها الاول أن يقول لم أنو بالكل شيأ فلا يقع شئ الثانى أن يقول نويت الطلاق بالاولى لا غير الثالث أن يقول نويت بالاولى

والثانية

والثانية ولم أنو بالثالثة شيأ الرابع أن يقول نويت بالاولى والثالثة طلاقا ولم أنو بالثانية شيأ الخامس أن يقول نويت بكلها الطلاق ففى هذه الوجوه تطلق ثلاثا السادس أن يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض يدين قضاء فيقع واحدة السابع أن يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو كما قال يقع ثنتان الثامن أن يقول نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بالثانية شيأ ونويت بالثالثة حيضا والتاسع أن يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيأ يقع فى الوجهين ثنتان والعاشر أن يقول لم أنو بالاولى والثانية شيأ ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة والحادى عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا يقع واحدة والثانى عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيأ فهى ثنتان (وتطلق) المرأة (بلست) يعنى بقوله لها لست (لى بامرأة أو) قال (لست لك بزوج ان نوى) بهذين الكلامين (طلاقا) عند أبى حنيفة وقالا لا تطلق لانه نفى النكاح وهو كذب وله أن هذا يصلح انكارا للنكاح ويصلح أن يكون انشاء للطلاق فاذا نوى صحت نيته ووقع ولو قيل له هل لك امرأة فقال لا ونوى به الطلاق لا يقع شئ (و) الطلاق (الصريح يلحق) الطلاق (الصريح) بأن قال أنت طالق ووقعت طلقة ثم قال أنت طالق تقع أخرى لبقاء النكاح (و) الصريح يلحق (البائن) أيضا بأن قال أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال أنت طالق وقع عندنا خلافا للشافعى فى الخلع لانه لم يصادف محله ولنا قوله عليه السلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة ولان أحكام النكاح قائمة وانما فات الاستمتاع وذلك لا يمنع التصرف فى المحل كفواته بالحيض وغيره (و) الطلاق (البائن يلحق) الطلاق (الصريح) بأن قال لها أنت طالق ثم قال لها أنت بائن يقع طلقة أخرى (لا) يلحق (البائن) البائن بان قال لها أنت بائن ثم قال لها أنت بائن لا يقع الا طلقة واحدة بائنة لانه يمكن جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر ويثبت به الحرمة الغليظة (الا اذا كان) البائن (معلقا بان قال ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال أنت بائن) ثم دخلت الدار وهى فى العدة تطلق لانه لا يمكنه جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هى محل للطلاق فيقع وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى

* هذا (باب) فى بيان حكم (تفويض الطلاق) الى المرأة أو الى الوكيل *

(قال) رجل (لها) أى لامرأته (اختارى) حال كونه (ينوى به) أى بقوله اختارى (الطلاق فاختارت) المرأة (فى مجلسها ابانت بواحدة) لان المخيرة لها مجلس العلم باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا بد من النية لانه من الكنايات على ما تقدم والواقع به بائن لانه كناية وعند الشافعى وأحمد رجعى (ولم تصح نية الثلاث) لانه ليس بتمليك وضعا وانما جعل تمليكا على خلاف القياس لاجماع الصحابة لكونه لا ينبئ عن الايقاع ولا عن التفويض والاجماع منعقد على الواحدة وبقى ما وراءه على الاصل وعند مالك يقع ثلاث بلا نية وعند الشافعى يقع ثلاث اذا كان بالنية (فان قامت) المرأة (او اخذت) أى شرعت (فى عمل آخر بطل) الخيار لانه دليل الاعراض فلو كانت فى مكتوبة أو وتر فأتمتها لا يبطل وكذا فى التطوع ان أتمت ركعتين وان أتمت أربعا بطل وعن محمد فى الاربع قبل الظهر لا يبطل ولو كانت قائمة فقعدت فهى على خيارها

وكذلك اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت وكذا اذا تربعت بعد ان كانت محتبية ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعن أبي يوسف روايتان (وذكر النفس او الاختيارة) التي هي مصدر اختاري (في احد كلاميهما) أي كلامي الزوجين (شرط) بأن يقول اختاري نفسك فتقول هي اخترت أو يقول هو اختاري فتقول هي اخترت نفسي ولو قال اختاري فقالت اخترت ليس بشئ لان ذلك عرف باجماع الصحابة وهو في ذكر النفس من احد الجانبين وعند الثلاثة لا يشترط ذلك وفي المحيط لابد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارة وفي الشامل قال لها اختاري ثم بانها فقالت اخترت نفسي لا يقع لان المبانة لاتبان (ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي او اخترت نفسي تطلق) استحسانا والقياس أن لا تطلق لاحتمال الوعد فلا يتجرد جوابا وهو قول الثلاثة (وان قال لها) أي لامرأته (اختاري اختاري اختاري) ثلاث مرات (فقالت) المرأة (اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة او) قالت اخترت (اختيارة وقع) الطلقات (الثلاث بلانية) للثلاث عند أبي حنيفة في المسئلة الاولى لان تملك الطلقات ليس بمرتب فصار قولها الاولى أو الوسطى او الاخيرة لغوا وعندهما تطلق واحدة لانها ما اختارت الا واحدة وبه قال الشافعي وأما في الثانية فيقع ثلاث بالاجماع ولا حاجة ههنا الى نية الزوج ولا ذكر النفس بالاجماع لدلالة التكرار عليه ولو قالت اخترت التطليقة الاولى يقع واحدة اجماعا (ولو قالت) في جوابه في المسئلة المذكورة (طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) أي بطلقة واحدة لان العامل فيه تخيير الزوج دون ايقاعها هكذا ذكر في المبسوط والزيادات وغيرهما وما ذكره في الهداية من أنه يقع رجعيا غلط لا معنى له لانه وان أوقعت بالصريح لكنه لا عبرة لايقاعها بل لتفويض الزوج ولو قال لامرأته (امرك بيدك في تطليقة او) قال لها (اختاري تطليقة فاختارت نفسها طلقت) طلقة (رجعية) لانه جعل اليها الاختيار ولكنه بتطليقة وهي معقبة للرجعة

هذا (فصل في) بيان حكم (الامر باليد) قال لامرأته (امرك بيدك) حال كونه (ينوى) بذلك (ثلاثا فقالت) المرأة في جوابه (اخترت نفسي بواحدة وقعن) أي الثلاث لانه نوى محتمل كلامه وان لم ينو شيأ ثبت الاقل وكذا اذا نوى ثنتين لانه عدد محض والجنس لا يحتمله على ما مر وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم تذكرها لا يقع كما لا يقع في جواب التخيير الا به والحاصل ان جعل الامر بيدها كالتخيير في المسائل كلها الا في احتمال الثلاثة فانه لا يصح نيته في التخيير كما ذكرنا (وفي) قولها في جوابه في قوله أمرك بيدك (طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) اما في الاولى فلان الواحدة صفة لمصدر محذوف اى طلقت نفسي تطليقة واحدة واما في الثانية فظاهر وذكر النفس في قولها طلقت نفسي في جواب الامر باليد شرط حتى لو قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسي لم يقع شئ ذكره في المحيط وانما كان بائنا لان الاعتبار بتفويض الزوج لا بايقاعها (ولا يدخل الليل في) قوله لامرأته (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) حتى لا يكون لها الخيار بالليل لان كل واحد من اليومين ذكر منفردا واليوم المنفرد لا يتناول الليل وقال زفر يدخل كقوله اليوم وغدا وكقوله أنت طالق اليوم وبعد غد (وان ردت) المرأة (الامر) في المسئلة المذكورة (في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان) أمرها (بيدها بعد غد) لانهما أمران لانفصال وقتهما

فثبت

فثبت لها الخيار فى كل واحد من الوقتين على حدة فيرد أحدهما الا يرد الآخر خلافا لزفر رحمه الله (وفى) قوله لها (امرك بيدك اليوم وغدا يدخل) الليل لانه لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر فكان أمرا واحدا فان قلت اليوم ههنا ذكر منفردا فوجب أن لا يتناول الليل كالمسئلة الاولى قلت الجمع بينهما بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كقوله أمرك بيدك يومين ولا يمكن ذلك فى المسئلة الاولى لتخلل وقت من جنسهما لم يدخل تحت اللفظ حتى لو قال هنالك ايضا أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد كان أمرا واحدا (وان ردت) الامر (فى يومها لم يبق) لها الخيار (فى الغد) لما ذكرنا أنه أمر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها أمرك بيدك اليوم فردته أول النهار لم يبق لها الخيار فى آخره وعن أبى حنيفة فيما ذكره الكرخى أن لها الخيار فى الغد وعن محمد أنه لو قال لامرأته أمرك بيدك اليوم كان لها الخيار الى غروب الشمس ولو قال أمرك بيدك فى اليوم كان لها الخيار فى المجلس واذا قامت بطل (ولو مكثت) المرأة (بعد التفويض) المطلق (يوما ولم تقم او جلست عنه) أى عن القيام (او اتكأت عن القعود او عكست) بأن قعدت عن الاتكاء (او دعت) أى طلبت (اباها للمشورة) بفتح الميم وضم الشين وفتح الراء وهى المشاورة (او) دعت (شهودا للاشهاد او كانت) هى (على دابة) أو محمل (فوقفت) الدابة (بقى خيارها) لان هذه الاشياء ليست دليل الاعراض حتى لو دعت بطعام فأكلت أو قامت أو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها زوجها أو كانت قاعدة فاضطجعت بطل خيارها لانها دليل الاعراض وكذا لو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت ولا فرق بين أن يكون الزوج معها على الدابة أو فى المحمل أو لا يكون وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل (وان سارت) الدابة (لا) يبقى خيارها لان سيرها مضاف اليها (والفلك) أى السفينة (كالبيت) لان جريانها لا يضاف الى راكبها لعدم قدرته على الايقاف والتسيير فيثبت لها الخيار مادامت فى مجلسها فان تحولت بطل كما فى البيت وعن أبى يوسف أن السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

* هذا (فصل فى) بيان حكم (المشيئة * ولو قال) الزوج (لها) أى لامرأته (طلقى نفسك و) الحال أنه (لم ينو) شيأ (أو نوى) طلقة (واحدة فطلقت) نفسها (وقعت) طلقة واحدة (رجعية) اما وقوع الطلاق فلانه ملكه اياها واما كونه واحدة فلانه أمر معناه افعلى فعل الطلاق وهو جنس يقع على الادنى للتيقن ويحتمل الكل عند الارادة والنية وأما كونه رجعيا فلأن المفوض اليها صريح الطلاق وانه معقب للرجعة (وان طلقت) المرأة نفسها (ثلاثا و) الحال أن الزوج (نواه) أى الثلاث (وقعن) لما ذكرنا ولو نوى ثنتين تقع واحدة لما ذكرنا فيما مضى الا أن تكون المنكوحة أمة (وبأبنت) أى بقولها ابنت (نفسى) فى جواب قوله طلقى نفسك (طلقت) لان الابانة من ألفاظ الطلاق وضعا وحكما فيقع ولكنه رجعى لمخالفتها اياه فى الوصف وعن أبى حنيفة لا يقع شئ لانها أتت بغير مافوض اليها (لا) تطلق (باخترت) أى بقولها اخترت فى جواب قوله طلقى نفسك لان الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق اذ لا يقدر على ايقاع الطلاق به حتى اذا قال لها اخترتك أو اختارى ينوى الطلاق أو قالت هى اخترت نفسى وأجاز الزوج لم يقع به شئ لان وقوع الطلاق به على

خلاف القياس عرف باجماع الصحابة رضى الله عنهم اذا كان جوابا للتخيير فيقتصر على مورده وقوله طلقى ليس بتخيير فيلغو (ولا يملك) الزوج (الرجوع) بعد قوله طلقى نفسك حتى لا يصح نهيه لانه تصرف لازم بخلاف ما اذا قال طلق ضرتك لانه توكيل وانابة (وتقيد) قوله طلقى نفسك (بمجلسها) لان هذا تمليك فيختص بالمجلس ولها الخيار مادامت فيه فاذا قامت بطل خيارها (الا اذا زاد) الزوج على قوله طلقى نفسك (متى شئت) فيكون لها ان تطلق نفسها بعد القيام أيضا لان كلمة متى عامة فى الاوقات فصار كما اذا قال لها فى أى وقت شئت وكذا اذا شئت واذا ما شئت (ولو قال) رجل (لرجل طلق امرأتى لم يتقيد) قوله هذا (بالمجلس) فله أن يطلقها فى المجلس وبعده لانه توكيل محض لا يشوبه تمليك ولا تعليق ولهذا كان له الرجوع (الا اذا زاد) الموكل على قوله طلق امرأتى (ان شئت) فانه حينئذ يقتصر على المجلس فكان تمليكا معنى وتعليقا صورة فلم يصح رجوعه عنه (ولو قال) الزوج (لها) أى لامرأته (طلقى نفسك ثلاثا) أى ثلاث طلقات (فطلقت) هى نفسها طلقة (واحدة وقعت) طلقة (واحدة) لان من يملك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة ضرورة (لا) يقع شئ (فى عكسه) أى فى عكس الحكم المذكور وهو أن يقول لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا هذا عند أبى حنيفة وعندهما تطلق واحدة لانها أتت بما تملكه وزيادة فيقع ما تملكه وتلغو الزيادة كما اذا طلقها الزوج الفا وله أنها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مخالفة فلا يقع شئ (و) فى قوله (طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت) نفسها طلقة (واحدة و) فى (عكسه) أى عكس الحكم المذكور وهو قوله طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا (لا) يقع شئ فى الوجهين جميعا أما الاول فلان معناه ان شئت الثلاث فصارت مشيئتها الثلاث شرطا لوقوع الثلاث فلم يوجد فلا تقع بخلاف المسئلة المتقدمة لعدم الشرط فيها وأما الثانى وهو قول أبى حنيفة لاجل المخالفة وعندهما تقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة (ولو أمرها) أى المرأة (بالبائن) بان قال لها طلقى نفسك طلقة بائنة (او) أمرها (بالرجعى) بان قال لها طلقى نفسك واحدة رجعية (فعكست) بأن قالت فى الاول طلقت نفسى واحدة رجعية وفى الثانى طلقت نفسى واحدة بائنة (وقع ما امر به) الزوج ويلغو ما وصفت لكونها المخالفة فيه (و) لو قال لها (انت طالق ان شئت فقالت) مجيبة (شئت) أنا (ان شئت) أنت (فقال) الزوج (شئت) حال كونه (ينوى الطلاق او قالت) المرأة (شئت ان كان كذا المعدوم) أى لشئ معدوم بأن قالت مثلا اذا جاء المطر أو سال الميزاب (بطل) كلامها فلا يقع شئ فى الوجهين لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط فلا يقع شئ ولو قال شئت طلاقك ينوى الايقاع يقع لانه ايقاع مبتدأ فكأنه قال أوجدت أو حصلت طلاقك الا أنه لا بد فيه من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا ولا يقع بالشك بخلاف قوله أردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قلت الارادة والمشيئة مثلان عند المتكلمين من أهل السنة (قلت) ذلك فى صفات البارى جلت قدرته وكلامنا فى ارادة العباد وجاز أن يكون بينهما تفرقة بالنظر الينا وتسوية بالنظر الى الله تعالى لان ما أراده يكون لا محالة فعلى هذا لو قال لامرأته شائى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت شئت يقع وان لم ينو لا يقع ولو قال لها أريدى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت أردت لا يقع وكذا لو قال لها أحبى طلاقك أو اهوى

ففعلت

ففعلت لم يقع شئ لان المحبة والهوى نوع تمن بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت ففعلت حيث يقع لوجود الشرط وفى المنتقى لو قال لها رضيت طلاقك يقع يعنى اذا نوى فجعله كالمشيئة وقال صاحب الهداية قوله أردت طلاقك لا ينبئ عن الوجود أى أن المشيئة تنبئ عن الوجود والارادة لا فلهذا وقع الطلاق بقوله شئت طلاقك ولم يقع بقوله أردت طلاقك وقال السرخسى فى شرح الكافى المشيئة فى صفات المخلوقين ألزم فى اللغة من الارادة ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال الله تعالى فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه وقال الاترارى رحمه الله هذا الذى قالوه من الفرق بين الارادة والمشيئة ضعيف لان أهل اللغة كالجوهرى وصاحب الديوان لم يفرقوا بينهما ولهذا قال الجوهرى فى الصحاح فى كتاب الالف المهموزة المشيئة هى الارادة وقال فى باب الدال الارادة هى المشيئة وكذا قال فى الديوان فعلم ان لا فرق بينهما وقد صرح أصحابنا فى كتب الكلام أن لا فرق عند أهل السنة بين الارادة والمشيئة وقول شمس الائمة ان المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء فيه نظر لان ابن السكيت أنشد فى الاصلاح

يا مرحبا بحمار عفرا * اذا أتى قربته بما شا * من الشعير والحشيش والما

واسناد الارادة الى الجدار مجاز وكلامنا فى الحقيقة وقد فسروا الارادة بتخصيص أحد المقدورين بالوجود فتكون هى أيضا منبئة عن الوجود ثم يقع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق فينبغى أن يقع بقوله اردت طلاقك أيضا لانهما سواء فى المعنى لما قلنا يؤيده ما ذكره فى الخلاصة بقوله وقال فى المنتقى وفى القياس كل ذلك سواء (وان كان) قولها شئت ان كان كذا (لشئ مضى) بأن قالت شئت ان قدم زيد من الشام مثلا وكان قد قدم (طلقت) لان التعليق بالشئ الكائن تنجيز فان قلت لو كان تنجيزا لكفر بقوله هو يهودى ان كان كذا الامر قد مضى قلت اختلف المشايخ فيه ولنا أن نقول انه كناية عن اليمين بالله تعالى اذا كان مستقبلا وكذا اذا كان ماضيا اعتبارا بالمستقبل (و) لو قال لها (أنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو اذا شئت أو اذا ما شئت فردت الامر لا يرتد) لانه ليس بتمليك قبل المشيئة فلا يرتد (ولا يتقيد الايقاع (بالمجلس) لان هذه الالفاظ تعم الاوقات كلها فلها أن توقع فى أى وقت شاءت كما لو نص عليه (ولا تطلق) المرأة بهذه الالفاظ اذا شاءت (الا) طلقة (واحدة) لانها تعم الازمان دون الافعال (وفى) قوله لها (كلما شئت) أنت طالق (لها) أى للمرأة (أن تفرق الثلاث) أى توقع ثلاث طلقات متفرقة (ولا تجمع) أى لا توقع الثلاث جملة واحدة لان كلما تعم الاوقات والافعال عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فيقتضى ايقاع الواحدة فى كل مرة الى ما لا يتناهى الا أن اليمين ينصرف الى الملك القائم لان صحتها باعتباره فلا تملك الايقاع بعد وقوع الثلاث اذا رجعت اليه بعد زوج آخر مع صلاحية اللفظ له وهو معنى قوله (ولو طلقت) هى نفسها (بعد زوج آخر) وبعد رجوعها اليه بعد الطلقات الثلاث (لا يقع) لما قلنا وعلى قياس قول زفر يقع لان الملك عنده ليس بشرط لبقاء اليمين ولهذا لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا قبل أن تدخل ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار طلقت ثلاثا وسيجئ مزيد الكلام فيه ان شاء الله تعالى (وفى) قوله أنت طالق (حيث شئت أو أين شئت لم

تطلق حتى تشاء فى مجلسها) فان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لان حيث وأين للمكان ولا يعلق الطلاق به فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع فى زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا كقوله أنت طالق غدا ونحوه وعموما كقوله أنت طالق فى أى وقت شئت ونحوه فان قلت اذا الغاذكر المكان يبقى قوله أنت طالق شئت فينبغى أن يقع فى الحال فلم يتعلق قلت يحمل الظرف على الشرط لمناسبة بينهما من حيث ان الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط فعند تعذر الظرف حقيقة يصير كناية عن الشرط مجازا (وفى) قوله أنت طالق (كيف شئت يقع) واحدة (رجعية) قبل مشيئتها (فان شاءت) طلقة (بائنة أو) شاءت (ثلاثا) أى ثلاث طلقات (و) الحال أن الزوج (نواه) أى الثلاث (وقع) ماشاءت من البائنة والثلاثة لوجود المطابقة بين ارادته ومشيئتها حتى اذا اختلفت بين نيته ومشيئتها بأن شاءت خلاف مانوى وقعت واحدة لان مشيئتها لغت فبقى ايقاع الزوج ولو لم تحضره النية يجب أن تعتبر مشيئتها اجريا على موجب التخيير وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يقع شئ مالم تشأ فان شاءت أوقعت واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثا بشرط مطابقة ارادته لانه فوض اليها الطلاق بأى وصف شاءت وبه قالت الثلاثة وله أنه أوقع الطلاق وخيرها فى الوصف وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين فيما اذا قامت عن المجلس قبل المشيئة وفيما اذا كان قبل الدخول فانه يقع عنده طلقة رجعية وعندهما لا يقع شئ والرد كالقيام (وفى) قوله لها أنت طالق (كم شئت و) قوله أنت طالق (ماشئت تطلق) نفسها (ماشاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا (فيه) أى فى المجلس لان كم اسم للعدد وما عام فيتناول الكل (وان ردت) الامر (ارتد) وكذا اذا قامت بطل خيارها (وفى) قوله لها طلقى نفسك (من ثلاث ماشئت تطلق) نفسها (مادون الثلاث) يعنى واحدة أو ثنتين وليس لها أن تطلق الثلاث عند أبى حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا ان شاءت لان ما محكمة فى التعميم ومن قد تكون للتبيين كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وله أن من للتبعيض حقيقة وما للتعميم فيعمل بهما

* هذا (باب) فى بيان أحكام (التعليق) *

وفى بعض النسخ باب الايمان فى الطلاق والاول أصح (انما يصح) أى التعليق أو اليمين (فى الملك كقوله) أى كقول الرجل (لمنكوحته ان زرت) فلانا (فانت طالق أو) كان التعليق أو اليمين (مضافا اليه) اى الى الملك (كان نكحتك) أى كقوله لاجنبية ان تزوجتك (فأنت طالق فيقع) أى فاذا كان كذلك يقع الطلاق (بعده) أى بعد وجود الشرط وهو الزيارة فى الاول والنكاح فى الثانى فان قلت قد شرط أن يكون ملكا أو مضافا الى الملك فكيف مثل بقوله ان نكحتك والنكاح ليس بملك وانما هو اسم للعقد قلت لكونه سببا كأنه قال ان ملكتك بالنكاح من قبيل اطلاق السبب وارادة المسبب وهو شائع ذائع ثم الفصل الاول صحيح بلا خلاف والفصل الثانى هو مذهبنا وهو قول عمر بن الخطاب وابنه عبد الله ورواية عن ابن مسعود رضى الله عنهم وقال الشافعى وأحمد لا يصح هذا التعليق وهو قول ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم لقوله عليه السلام لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع لابن آدم فيما لا يملك رواه أحمد وابن ماجه وقال مالك ان عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها طالق ونحوه

لا يجوز وان خص بلدا أو قبيلة بأن قال كل امرأة من مصر أو من بني تميم أو كل بكر أو ثيب أتزوجها طالق يصح لان في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح ولنا أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله والحديث لم يصح قاله أحمد وقال أبو الفرج روى من طرق مجتنبة بمرة وقال ابن العربي أخبارهم ليس لها أصل في الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز فان قلت هذا تحريم للبضع فلا يجوز قلت ليس بتحريم وانما هو امتناع عن تحصيله ثم الحيلة فيه اذا وقع أن يتولى فضولي تزويجه ثم يجيزه هو النكاح بالفعل لا بالقول ذكره في الفتاوى أو يترافعا الى قاض شافعي فيحكم ببقاء النكاح وبفسخ اليمين بعد دعواهما النكاح والمهر فان أمضاه قاض حنفي بعد ذلك كان أجود ثم فرع على ما ذكره بالفاء بقوله (فان قال لاجنبية ان زرت) فلانا (فأنت طالق فنكحها فزارت لم تطلق) لان التعليق لم يوجد في الملك ولا أضيف اليه وعند ابن أبي ليلى تطلق لان المعتبر عنده في وقوع الطلاق وقت وجود الشرط (وألفاظ الشرط) سبعة على ما ذكره هنا وانما قال ألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط لان ان هو الحرف وحده والالفاظ الباقية أسماء فافهم الاول (ان) وهو الاصل في الشرطية وغيره ملحق به لما فيه من معنى الشرط وهو عبارة عن أمر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه أو اثباته كقولك ان زرتني أكرمتك فعرفت من هذا ان ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر ألفاظ الشرط فانها تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان وكان ينبغي على هذا أن لا يستعمل كل في المجازاة لدخوله على الاسم خاصة الا أن الاسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لا محالة فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط كقولك كل عبد اشتريه فهو حر (و) الثاني (اذا) وهو للوقت في الاصل وقد استعمل للشرط لدلالة الوقت عليه ويختص بالدخول على الجملة الفعلية ويكون الفعل بعدها ماضيا كثيرا أو مضارعا دون ذلك ولا يعمل الجزم الا في الضرورة (و) الثالث (اذا ما) وأصله اذا زيدت فيه كلمة ما للتوكيد (و) الرابع (كل) وهو اسم موضوع لاستغراق افراد المنكر نحو كل نفس ذائقة الموت والمعرف المجموع نحو وكلهم آتيه وأجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن فاذا قلت أكلت كل رغيف لزيد كانت لعموم الافراد فاذا أضفت الرغيف الى زيد صارت لعموم أجزاء فرد واحد (و) الخامس (كلما) وأصله كل وزيدت عليه ما للتوكيد ثم قيل يجوز أن يكون حرفا مصدريا والجملة بعده صلة له ويجوز أن يكون اسما نكرة بمعنى وقت (و) السادس (متى) وهو اسم لشرط نحو * متى أضع العمامة تعرفوني (و) السابع (متى ما) وأصله متى وزيدت عليه كلمة ما لما ذكرنا ومن ألفاظ الشرط لو ومن وأي وايان وأين وانى واذما والفرق بين ان ولو ان إن تجعل الفعل للاستقبال وان كان ماضيا ولو تجعله للماضي وان كان مستقبلا كقوله تعالى لو يطيعكم وقال الفراء ان لو تستعمل في المستقبل كان ولهذا روى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيمن قال أنت طالق لو دخلت الدار انه بمنزلة قوله ان دخلت الدار ثم الجواب اذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء ان لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك في سبع مواضع نظمت في بيت وهي

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وان تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فلو قال لامرأته ان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء وان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتنجز وتضمر الفاء ولو أخر الشرط وأدخل فيه الفاء لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز وان يقال يتعلق ولو قال أنت طالق ان فعند محمد يتنجز خلافا لابي يوسف ولو قال أنت طالق دخلت الدار يتنجز لعدم التعليق (ففيها) أى ففي ألفاظ الشرط المذكورة (ان وجد الشرط انتهت اليمين) وانحلت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين الا بالشرط (الا في كلما لاقتضائه عموم الافعال) فلا تنتهي اليمين بل يحنث كلما وجد المحلوف عليه لا الى نهاية فان قلت كيف تصح هذه الدعوى والحال أنه لو قال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لا يقع شئ قلت الدعوى صحيحة ولكن الفعل الموجود بعد عودها اليه غير الفعل الاول لان المحلوف عليه في الاول طلقات ذلك الملك وهي متناهية فيتناهى لاجل ذلك لا لان اللفظ لا يقتضيه حتى لو أضافه الى سبب الملك بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يتكرر دائما لان انعقادها بسبب ما يحدث من الملك وذلك لا نهاية له ولما كان بين كلما وكل اشتراك في العموم شبه أحدهما بالآخر بقوله (كاقتضاء كل عموم الاسماء) غير أن عموم كلما في الافعال وعموم كل في الاسماء وعموم الفعل فيه ضروري فلو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة حنث وانحلت اليمين في حقها وبقيت في حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك لا يقع شئ لعدم تجدد الاسم واذا تزوج غيرها حنث لبقاء اليمين في حقها وكذا اذا تزوج أخرى وأخرى بعد أخرى الى ما لا يتناهى ثم فرع على ذلك بالفاء بقوله (فلو قال كلما تزوجت امرأة) فهي طالق (يحنث بكل مرة) أى يقع الطلاق كلما تزوج امرأة لان صحة هذا اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه على ما مر (ولو) كان التزوج (بعد) تزوج (زوج آخر) لكونها مطلقة بالثلاث وعن أبي يوسف لا يقع شئ بعد زوج آخر ولا يحنث في امرأة واحدة مرتين فجعلها ككلمة كل ولو كانت اليمين على امرأة معينة بأن قال كلما تزوجتك أو كلما تزوجت فلانة تكرر دائما (وزوال الملك) بعد اليمين (لا يبطل اليمين) لبقاء محله والمراد زواله بطلقة أو طلقتين أما اذا زال بثلاث طلقات فانه يبطلها الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك فحينئذ لا يبطل بالثلاث كما مر صورته قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها بواحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها فدخلت الدار طلقت أخرى لبقاء الشرط والجزاء أما الشرط فلانه لم يوجد وأما الجزاء فلقيام محله فيبقاء الملك عليها يبقى اليمين ثم بين ما تفرع عليه بالفاء بقوله (فان وجد الشرط) وهو دخول الدار في قوله ان دخلت الدار فأنت طالق (في الملك) يعني ملك النكاح بعد تزوجه مرة أخرى بعد ابانته اياها بعد اليمين (طلقت) لوجود الشرط والمحل قابل لنزول الجزاء (وانحلت اليمين) يعني انتهت بانتهاء الشرط والجزاء (والا) أى وان لم يوجد الشرط في الملك بأن دخلت الدار بعد الابانة وانقضاء العدة قبل التزوج بها (لا) يقع الطلاق لعدم المحل (وانحلت) اليمين لوجود الشرط (وان اختلفا) أى الزوجان (في وجود الشرط) بأن قال الزوج ما دخلت الدار وقالت المرأة

بل دخلتها (فالقول قوله) أى قول الزوج لانه متمسك بالاصل فكان الظاهر شاهداله ولانه ينكر
وقوع الطلاق وهى تدعيه (الا اذا برهنت) أى اذا أقامت البينة على دعواها لانها نورت
دعواها بالحجة (وما) أى كل شئ (لا يعلم الا منها) أى من جهتها (فالقول لها) أى للمرأة
(فى حقها) أى فى حق نفسها واحترز به عن حق غيرها كضرتها وقد مثل لما ذكره بقوله (ان
حضت فأنت طالق وفلانة) فقالت حضت تطلق هى لانه لا يعلم الا من جهتها ولا تطلق فلانة
لانها متهمة فيها فلا يقبل قولها فيها حتى يعلم انها حاضت حقيقة (أو) قال (ان كنت تحبينى
فأنت طالق وفلانة) فقالت أحبك تطلق هى دون فلانة لما ذكرنا وقوله (فقالت حضت) راجع
الى المسئلة الاولى وهى قوله ان حضت وقوله (أو أحبك) راجع الى المسئلة الثانية وهى قوله
ان كنت تحبينى وقوله (طلقت هى) أى المرأة المخاطبة (فقط) يعنى دون فلانة جواب المسئلتين
جميعا هذا اذا كذبها الزوج وأما اذا صدقها تطلق فلانة أيضا وانما يقبل قولها اذا أخبرت
والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها لانه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط ولو قال
ان حضت حيضة يقبل فى الطهر الذى يلى الحيضة لانه الشرط ولا يقبل قبله ولا بعده ولو قال ان
كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك وهى كاذبة طلقت قضاء وديانة عندهما وقال محمد
لا تطلق فيما بينه و بين الله تعالى الا اذا كانت صادقة واعلم أن التعليق بالمحبة كالتعليق
بالحيض لا يفترقان الا فى شيئين أحدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا
حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات
والثانى انها اذا كانت كاذبة فى الاخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا وفى التعليق بالحيض
لا تطلق بينه و بين الله تعالى (وبرؤية) المرأة (الدم لا يقع) الطلاق فيما اذا قال لها ان حضت
فأنت طالق لانه يحتمل أن تكون مستحاضة فلا يقع بالشك (فان استمر) الدم (ثلاثا) أى ثلاثة
أيام (وقع) الطلاق (من حين رأت) الدم لانه بالامتداد تبين انه من الرحم فكان حيضا من
الابتداء وتظهر ثمرة الاسناد فيما اذا كانت المرأة غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم
أو كان المعلق بالحيض عتق عبد فجنى العبد أو جنى عليه بعدما رأت الدم قبل أن يستمر فانه يصح
نكاحها ويعتبر فى العبد جناية الاحرار (وفى) قوله لها (ان حضت حيضة) فأنت طالق (يقع)
الطلاق (حين تطهر) من حيضها وذلك بالانقطاع على العشرة أو بمضى العشرة وان لم ينقطع
أو بالانقطاع والاغتسال أو بما يقوم مقام الاغتسال اذا انقطع دون العشرة لان الحيضة
اسم للكامل من الحيض وكذلك لو قال ان حضت نصف حيضة لانها لا تتجزأ بخلاف قوله
ان حضت لانه يدل على الجنس وهو الحيض ونظير ذلك ان صمت أو ان صمت يوما أو ان صليت
صلاة (وفى) قوله لامرأته (ان ولدت) ولدا (ذكرا فأنت طالق) طلقة (واحدة وان ولدت أنثى)
(فثنتين) أى فأنت طالق طلقتين (فولدتهما) أى الذكر والانثى جميعا (ولم يدر) أى ولم يعلم
(الاول) منهما (تطلق) المرأة طلقة (واحدة قضاء) أى من حيث القضاء والحكم (و) تطلق
(ثنتين) أى طلقتين (تنزها) أى من حيث التنزه أى الاحتياط فى الدين حتى لو كان طلقها
واحدة أو كانت أمة لا يردها الا بعد زوج آخر (ومضت العدة) لانه يمينان فايهما ولدت أولا
يحنث به ويقع جزاؤه فتكون معتدة وانقضاؤها بوضع الثانى لانها حامل به فاذا وضعت

الثانى انقضت العدة وانحلت اليمين الاخرى به لوجود الشرط ولم يقع به شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان علم الاول منهما فلا اشكال فيه وان اختلفا فالقول قول الزوج لانه منكر وان ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الاول يقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها ولو ولدت غلامين وجارية تلزمه واحدة قضاء وثلاث تنزها ولو قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان الحمل اسم للكل فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لم تطلق وكذا لو قال ان كان ما فى بطنك غلاما والمسئلة بحالها لان كلمة ما عامة ولو قال ان كان فى بطنك والمسئلة بحالها وقع ثلاث (والملك يشترط لآخر الشرطين) بأن قال ان دخلت دار زيد ودار عمرو فأنت طالق فالشرط لوقوع الطلاق أن يكون آخرهما فى الملك حتى لو طلقها بعد هذا الكلام وانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهى مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق وقال زفر لا يقع حتى يوجد الاول أيضا فى الملك اعتبارا له بالثانى ولنا أن الملك انما يشترط وقت التعليق ليترتب عليه الجزاء وحال وجود الشرط الاول حالة البقاء فلا يشترط فيه الملك وهذه المسئلة تتصور على أربعة أقسام اما أن يوجد الشرطان فى الملك فيقع اتفاقا أو يوجدا فى غير الملك فلا يقع اتفاقا أو يوجد الاول فيه والثانى فى غيره فلا يقع الا عند ابن أبى ليلى أو العكس وهى الخلافية (ويبطل تنجيز الطلقات (الثلاث تعليقه) أى تعليق الثلاث الذى كان قبله صورته أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم نجز الثلاث بطل المعلق حتى لو تزوجها بعد زوج آخر فدخلت الدار لم يقع شئ خلافا لزفر هو يقول المعلق مطلق الطلاق فيبقى اليمين فنزل الجزاء عند الشرط ونحن نقول الجزاء طلقات هذا الملك وقد زال بالتنجيز فان قلت اذا نجز بالطلقتين قبل أن تدخل الدار ثم عادت اليه بعد زوج آخر كيف يكون الحكم قلت تطلق ثلاثا عندهما وعند محمد وزفر تطلق ما بقى من الاول وهذه مبنية على أن الزوج الثانى هل يهدم الطلقة والطلقتين أم لا وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى وثمرة الخلاف لا تظهر فى هذه الصورة لان الحرمة الغليظة تثبت بالاجماع على اختلاف الاصلين وانما تظهر فيما اذا طلقها بعد الرد طلقة واحدة فعندهما لا تحرم حرمة غليظة وعند محمد وزفر تحرم وفيما اذا كان المعلق طلقة واحدة والمسئلة بحالها فدخلت الدار بعد ما ردها بعد زوج آخر تطلق واحدة ولا تثبت الغليظة خلافا لمحمد وزفر فان قلت يشكل ما ذكرتم بما اذا طلقها طلقتين ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت حيث طلق ثلاثا وبما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فأنت حر ثم باعه لا يبطل اليمين وبما اذا طلقها ثلاثا بعد ما ظاهر منها حيث يبقى الظهار وكذا اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ثم نجز الثلاث يبقى اليمين بالظهار حتى لو تزوجها بعد زوج آخر ودخلت الدار صار مظاهرا قلت المحل باق بعد الثنتين فى الاول فيبقى اليمين والعبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم يفت حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين والظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الاصلى الا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح بخلاف الطلاق لانه تحريم للحل الاصلى وقد فات بتنجيز الثلاث (ولو علق) الطلقات (الثلاث أو) علق (العتق بالوطء) أى بالجماع بأن قال ان جامعتك فأنت طالق ثلاثا أو قال لامته ان جامعتك فأنت حرة

(لم يجب) عليه (العقر) أى المهر (باللبث) أى بالمكث بعد الادخال بأن لم يخرجه بعد التقاء الختانين وقال أبو يوسف يجب عليه العقر باللبث فيهما لوجود الجماع معنى بعد ثبوت الطلقات الثلاث والحرية ولهما ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولم يوجد ذلك بعد الطلقات الثلاث والعتق ولو أخرجه ثم أولجه فى الموضعين يجب العقر بالاتفاق (ولم يصر) هذا المعلق (به) أى باللبث (مراجعا فى) الطلاق (الرجعى الا اذا أولج) أى أدخل ايلاجا (ثانيا) عند محمد وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس بتعرض للبضع بخلاف الايلاج بعد الاخراج وعن محمد لو زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الفعل (ولا تطلق) امرأته الجديدة (فى) قوله لامرأته التى تحته (ان نكحتها) أى فلانة (عليك فهى طالق فنكح) فلانة (عليها) أى على التى تحته (فى عدة) الطلاق (البائن) بان طلقها بائنا ثم تزوج فلانة وهى فى العدة لان الشرط لم يوجد لان التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها فى الفراش ويزاحمها فى القسم ولم يوجد (ولا) تطلق أيضا (فى) قوله لها (أنت طالق ان شاء الله) حال كون قوله ان شاء الله (متصلا وان ماتت) المرأة (قبل قوله ان شاء الله) لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى رواه النسائى والترمذى ولفظه لم يحنث وقال حديث حسن وقال مالك يقع الطلاق لانه لو لم يشا الله لما أجراه على لسانه والحجة عليه ما رويناه وما جرى على لسانه تعليق لا تطليق وموتها لا ينافى التعليق لانه مبطل والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان فيكون الاستثناء صحيحا فلا يقع عليه الطلاق بخلاف ما اذا مات الزوج قبل قوله ان شاء الله حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل المغير وهو الاستثناء بأول كلامه وقوله متصلا اشارة الى أنه اذا كان منفصلا لا يصح ومنهم من جوزه فى المجلس وعن ابن عباس رضى الله عنهما جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا ثم اذا سكت قدر ما يتنفس أو يتجشى أو كان بلسانه ثقل وطال فى تردده ثم قال ان شاء الله يصح استثناؤه ولو أراد أن يستثنى فسد انسان فمه فنزعه ثم رفع يده عنه واستثنى متصلا برفعه صح الاستثناء ولو جرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد لا يقع الطلاق لوجوده حقيقة وفى الاختيار ولو تنفس باختياره يبطل ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخى وان لم يكن مسموعا وقال الهندوانى لا يصح ما لم يكن مسموعا ثم التعليق بمشيئة الله اعدام وابطال له عندهما وعند أبى يوسف هو تعليق بشرط الا أن يكون الشرط لا يوقف عليه فلا يقع كما لو علقه بمشيئة غائب وثمرة الخلاف تظهر فى مواضع منها اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب بأن قال ان شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال فلا يختلف وعند أبى يوسف يقع لان التعليق لا يصح الا بالرابط وهى الفاء كما لو قال ان دخلت الدار أنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله وأنت طالق أو قال كنت طلقتك أمس ان شاء الله لا يقع عندهما خلافا لابى يوسف ومنها اذا جمع بين يمينين بأن قال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله ينصرف الى الجملة الثانية عند أبى يوسف كالشرط وعندهما الى الكل ولو أدخله فى الايقاعين بأن قال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل بالاجماع ومنها أنه اذا حلف لا يحلف بالطلاق أو باليمين يحنث بذلك عند أبى يوسف خلافا

لهما وكذا اذا علقه بمشيئة من لا تظهر مشيئته لنا كالجن وكالحائط والملائكة يكون تعليقا أو ابطالا على الاختلاف المذكور ولو قال أنت طالق بمشيئة الله أو بارادته أو بمحبته أو برضاه لا يقع كقوله ان شاء الله وان أضافه الى العبد كان تمليكا منه فيقتصر على المجلس كقوله ان شاء فلان وان قال بحكمه أو بأمره أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته يقع فى الحال سواء أضافه الى الله أو الى العبد وان قال بحرف اللام يقع فى الوجوه كلها سواء أضافه الى الله أو الى العبد وان ذكر بحرف فى ان أضافه الى الله تعالى لا يقع فى الوجوه كلها الا فى العلم فانه يقع الطلاق فيه للحال فالحاصل ان هذه الالفاظ عشرة أربعة منها للتمليك وهى المشيئة والارادة والمحبة والرضا وستة ليست للتمليك وهى الامر والحكم والقضاء والاذن والعلم والقدرة والكل على وجهين اما أن يضاف الى الله أو الى العبد وكل وجه على وجوه ثلاثة اما أن يكون بالباء أو باللام أو بفى فكلها باللام تنجيز مطلقا وكذلك الستة الاخيرة بالباء والاربعة الاول بالباء تعليق ان أضيف الى الله وتمليك ان أضيف الى العبد وكلها بفى ان أضيف الى الله تعليق الا العلم وان أضيف الى العبد فالاربعة الاول تمليك والباقى تعليق (وفى) قوله لها (أنت طالق ثلاثا الا واحدة تقع ثنتان) أى طلقتان (وفى) قوله أنت طالق ثلاثا (الا ثنتين) يقع (واحدة) (و) فى قوله أنت طالق ثلاثا (الا ثلاثا) يقع (ثلاث) لان الاستثناء المستغرق باطل لانه انكار بعد الاقرار بخلاف استثناء البعض من الجملة سواء استثنى الاقل أو الاكثر وهو مذهب الكوفيين الا الفراء منهم فانه قال لا يصح استثناء الاكثر وهو مذهب البصريين ومنهم من اشترط الاقل وأكثرهم على أنه ليس بشرط بل استثناء النصف جائز وعن أبى يوسف ان استثناء الاكثر لا يجوز ثم الاصل فى هذا الباب ان الاستثناء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا عندنا وعند الشافعى هو منع الحكم بطريق المعارضة كدليل الخصوص فاذا قال له على عشرة الا خمسة فعندنا هى عبارة عن الخمسة وصار اسما لها وعنده دخلت العشرة كلها ثم خرجت الخمسة بطريق المعارضة كأنه قال له على عشرة الا خمسة فانها ليست على يدل عليه قولهم الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى قلنا ليس فى وسعه أن يخرج بعض الحكم بعد ثبوته ولانه لو كان بطريق المعارضة لاستوى فيه الكل والبعض كالنسخ ولكان مستقلا ولما صح فى الاخبار لان التعارض فيما يؤدى الى أن أحدهما كذب أو شبه الكذب فعلم بذلك ان قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما عبارة عن تسعمائة وخمسين لانه سبحانه وتعالى أخبر بأنه لبث فيهم ألف سنة ثم رجع عنه وقولهم الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى تسامح لانه لولا الاستثناء لدخل فمنعه من الدخول فصار كالمخرج بهذا الاعتبار وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قال على ألف الا مائة أو خمسين يلزمه تسعمائة للشك فى الدخول وعنده يلزمه تسعمائة وخمسون لانه داخل عنده بيقين والشك فى المخرج فيخرج الاقل بيقين ويشترط أن يكون موصولا بخلاف العطف حيث يصح وان كان منفصلا لكونه غير مغير ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق للحسن بن زياد لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة ولو قال أنت طالق عشرة الا تسعة كانت طلقة واحدة وفى فتاوى الولوالجى لو قال أنت طالق ثلاثا لا ثلاثا الا واحدة تقع واحدة والله تعالى أعلم

هذا

هذا (باب) فى بيان أحكام (المريض) فى الطلاق

(طلقها) أى طلق رجل امرأته طلاقا (رجعيا أو) طلاقا (بائنا) حال كونه (فى مرضه) وهو قيد للبائن وأما فى الرجعى فترث منه مطلقا اذا مات وهى فى العدة ولهذا يرثها هو اذا ماتت بخلاف البائن لان السبب هو النكاح وقد زال فلا ينبغى لها ان ترثه كما لا يرثها هو ولكن اذا صار فارا بأن طلقها بعد ما تعلق حقها بماله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه بأن كانا حرين متحدى الدين رد عليه قصده على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى بخلاف ما اذا كانت كافرة وهو مسلم أو كانا مملوكين أو أحدهما وقت الطلاق ثم زال المانع حيث لا ترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلا يكون فارا (ومات) الرجل (فى عدتها) أى فى عدة المرأة (ورثت) المرأة منه لبقاء الزوجية بينهما كما ذكرنا (و) اذا مات (بعدها) أى بعد انقضاء عدتها (لا) ترث وقد مر وقال الشافعى فى الجديد لا ميراث للمبانة مطلقا لزوال النكاح بجميع أحكامه وقال مالك ترث مطلقا يعنى قبل انقضاء العدة وبعدها لقول عثمان رضى الله عنه فى تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه من فر من كتاب الله رد عليه من غير فصل وعند أحمد ترث قبل التزوج بزوج آخر وبعده لا ولنا ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح أن ورث امرأة الفار ما دامت فى العدة وتماضر كانت فى العدة واختلفوا فيمن دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعندهما لا ترث وعند أبى يوسف ترث وهو مبنى على أصل وهو ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده لان الحمل حادث فى العدة من زنا ولهذا لا يثبت نسبه منه لكن تيقنا ببراءة الرحم بعد وضعه فتنقضى به العدة وعندهما يحمل على ان الحمل من زوج تزوجته بعد انقضاء عدتها من الاول لان فى حمله على الزنا اضرارا بالولد فلا يحمل عليه ولا يقبل قولها انه من الزنا فتعين أن عدتها قد انقضت قبل موته فلا ترث (وان أبانها) أى المرأة (بأمرها او اختلعت) المرأة (منه) أى من الزوج (او اختارت نفسها بتفويضه) أى بتفويض الزوج اليها بأن قال لها اختارى نفسك (لم ترث) لرضاها ببطلان حقها بخلاف ما اذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز حيث ترث لان المبطل للارث اجازته وبخلاف النسب لانه لا يقبل الابطال وقال مالك لها الميراث فى جميع ذلك ولو فارقته بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لان الفرقة من قبلها وكذا لو وقعت الفرقة بالتمكين من ابن زوجها الا أن يكون الاب أمره بذلك فقربها الابن مكرهة ولو وجدت هذه الاشياء منها وهى مريضة ورثها الزوج لكونها فارة (وفى) قول المرأة لزوجها (طلقنى) طلقة (رجعية فطلقها) الزوج (ثلاثا) اى ثلاث طلقات (ورثت) لان الطلاق الرجعى لا يزيل النكاح ولهذا يحل له وطؤها ولا تحرم به الميراث فلم تكن بسؤالها اياه راضية ببطلان حقها وكذا لو طلقها واحدة بائنة لما قلنا وفيه خلاف الشافعى (وان ابانها) اى وان ابان الزوج امرأته (بأمرها) اياه (فى مرضه او تصادقا) اى الزوجان (عليها) اى على البينونة انها كانت (فى الصحة و) تصادقا ايضا على (مضى العدة فأقر) لها بدين (او اوصى لها) بشىء ومات (فلها) اى فللمرأة (الاقل منه) اى من الذى أقر به او اوصى (ومن ارثها) عند ابى حنيفة لانهما متهمان فى التصادق وقول المتهم مردود فيجب الاقل وقالا لها جميع ما اقر لها به او اوصى لها به لانها أجنبية

وبه قالت الثلاثة وزفر وقد جعل الشارح مع زفر الصاحبين فى مسئلة الاقرار ومع أبى حنيفة فى مسئلة الوصية ونحن قد ذكرناه مثل ماذكره صاحب المجمع (ومن بارز رجلا) أى تقدم اليه ليقاتله عند اصطفاف الفريقين فى المعركة (أو قدم) الرجل (ليقتل بقود) أى قصاص (او رجم) لاجل الزنا او كان راكب سفينة فانكسرت وبقى على لوح أو افترسه السبع وبقى فى فمه (فابانها) أى فأبان امرأته فى هذه الاحوال (ورثت) المرأة (ان مات) الرجل (فى ذلك الوجه او قتل) على ذلك الوجه لانه فار وانما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا بأن يكون صاحب فراش وهو الذى لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الاصحاء وان كان يقدر على القيام بتكلف والذى يقضى حوائجه فيه وهو يشتكى لا يكون فارا وقيل اذا كان يخطى ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو صحيح حكما والا فهو مريض والصحيح ان من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان امكنه القيام بها فى البيت اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام بها فى البيت كالقيام للبول والغائط واختلفوا فى المسلول والمفلوج وامثالهما قيل مادام يزداد ما به فهو مريض والا فهو صحيح وعن محمد بن سلمة ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فهو مريض والا فهو صحيح وقال الهندوانى ان كان يزداد ابدا فهو مريض وان كان يزداد مرة ويقل اخرى فهو صحيح وقد يثبت هذا المعنى وهو توجه الهلاك فى غير المريض فيكون فارا اذا ابانها فيه وهو كما ذكرناه من المبارزة ونحوها وعن ابى حنيفة ان طلاق المبارز كطلاق الصحيح (ولو) كان (محصورا) اى محبوسا فى حصن ونحوها (او) كان (فى صف القتال لا) يكون فارا فلا ترث منه المرأة لان الغالب فيه السلامة وكذلك راكب السفينة والنازل فى المسبعة أو فى المخيف من عدوه والمحبوس ليقتل فى حد أو قصاص والمرأة فى جميع ذلك كالرجل حتى لو باشرت سبب الفراق من خيار البلوغ والعتق والتمكين من ابن الزوج والارتداد ونحو ذلك بعد ما حصل لها ما ذكرنا من المرض ونحوه يرثها الزوج لكونها فارة والحامل لا تكون فارة الا اذا جاءها الطلق خلافا لمالك بعد ما تم لها ستة أشهر (ولو علق) الزوج (طلاقها) اى طلاق امرأته (بفعل اجنبى) بأن قال انت طالق ان فعل فلان كذا (او) علق طلاقها (بمجيء الوقت) بأن قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق (و) الحال أن (التعليق والشرط) وهو فعل فلان او مجيء رأس الشهر كانا (فى مرضه او) علق طلاقها (بفعل نفسه) سواء كان مما لا بد له منه طبعا كالاكل والشرب او شرعا كالصلاة والصوم او مما له بد منه ككلام زيد ودخول دار (و) الحال ان يكون (هما) اى التعليق والشرط (فى مرضه او) يكون (الشرط) فى مرضه (فقط) يعنى دون التعليق (او) علق طلاقها (بفعلها) اى بفعل المرأة (و) الحال أنه (لا بد) اى لا فراق ولا غنى (لها منه) اى من ذلك الفعل اما طبعا كالاكل والشرب او شرعا كالصوم والصلاة وكلام الاب (و) الحال ان يكون (هما) اى التعليق والشرط (فى المرض او) يكون (الشرط) فيه فقط (ورثت) اى المرأة فى هذه الوجوه لانه فار (وفى غيرها) اى وفى غير هذه الصور المذكورة (لا) ترث وهو ما اذا كان التعليق والشرط فى الصحة فى الوجوه كلها او كان التعليق فى الصحة فيما اذا علقه بفعل الاجنبى أو بمجيء الوقت أو كيفما كان اذا علقه بفعلها الذى لها منه بد وهذا كما قد علمت

على أربعة أوجه وهى امّا أن يكون التعليق بمجىء الزمان أو بفعل الاجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه منها على أربعة أوجه وهى امّا أن يكون التعليق والشرط كلاهما فى المرض أو كلاهما فى الصحة أو يكون التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو العكس فيصير المجموع ستة عشر وجها الاوّل أن يكون التعليق بفعل أجنبى وكانا فى المرض فترث والثانى أن يكون به وكانا فى الصحة فلا ترث والثالث أن يكون به وكان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فلا ترث خلافا لزفر والرابع أن يكون به وكانا بالعكس فترث والخامس أن يكون التعليق بمجىء الوقت وكانا فى المرض فترث والسادس أن يكون به وكانا فى الصحة فلا ترث والسابع أن يكون به وكان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فلا ترث والثامن أن يكون به وكان بالعكس فترث والتاسع أن يكون التعليق بفعل نفسه وكانا فى المرض فترث والعاشر أن يكون به وكانا فى الصحة فلا ترث والحادى عشر أن يكون به وكان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فترث والثانى عشر أن يكون به وكان بالعكس فلا ترث والثالث عشر أن يكون التعليق بفعلها وكانا فى المرض فترث والرابع عشر أن يكون به وكانا فى الصحة فلا ترث والخامس عشر أن يكون به وكان الشرط فى المرض والتعليق فى الصحة فترث والسادس عشر بالعكس فلا ترث وان نظرنا الى انقسام فعلها الى مالا بدّ لها منه والى مالها منه بدّ تكون القسمة ثمانية عشر وجها لانّ فى الاوّل ترث اذا كانا فى المرض أو كان الشرط فيه فقط خلافا لمحمد وفى الثانى لا ترث مطلقا كما ذكرنا (ولو ابانها) أى المرأة بأن طلقها ثلاثا (فى مرضه فصح فمات) بعد ذلك (أو ابانها فارتدّت) المرأة (فأسلمت) بعد الارتداد (فمات) الزوج بعد ذلك (لم ترث) فى الوجهين جميعا امّا فى الاوّل فلانه بالبرء تبين انه ليس بمرض الموت وقال زفر ترث لانه صار متهما بالفرار حين طلقها ظانا انه مرض الموت وامّا فى الثانى فلان بارتدادها بطلت أهلية الارث فبالاسلام لا يعود السبب بخلاف النفقة حيث تعود لانّ سقوطها لفوات الاحتباس فاذا أسلمت عادت الى حبسه فتعود النفقة (وان طاوعت) المرأة (ابن الزوج) بعدما ابانها فى العدّة ترث لانّ الفرقة حصلت بالابانة لا بالمطاوعة بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق لانّ الفرقة اذا وقعت بالمطاوعة لا ترث لانها من جهتها وكذا لو طلقها رجعيا ثم طاوعت لا ترث (أو لاعن) الزوج بأن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ترث أيضا لانّ الفرقة بسبب قذف وجد منه فكان فارا ولا فرق بين أن يكون القذف فى المرض أو فى الصحة عندهما وقال محمد اذا قذفها فى الصحة ولاعنها فى المرض لا ترث (أو آلى) الزوج فى المرض ومضت المدة وهى الاربعة الاشهر وهو مريض فبانت ثم مات وهى فى العدة ترث أيضا لانه فار وأشار الى كون الايلاء فى المرض بقوله (مريضا) وهو نصب على الحال من الضمير الذى فى آلى قيد به لانه اذا آلى وهو صحيح لا ترث على ما يجىء الآن وقوله (ورثت) جواب المسائل الثلاث (وان آلى) حال كونه (فى صحته وبانت) المرأة (به) أى بمضى المدة والحال انه (فى مرضه لا) ترث لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضى الزمان فكانه قال لها اذا مضى أربعة أشهر فأنت بائن وقد بينا ان التعليق اذا كان فى الصحة لا ترث خلافا لزفر رحمه الله تعالى

هذا (باب) فى بيان أحكام (الرجعة)

هى مصدر من رجع يرجع وفى الشرع (هى) أى الرجعة (استدامة) النكاح (القائم) أى ابقاء النكاح وطلب دوامه على ما كان مادامت (فى العدة) لان النكاح قائم بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى لهم حق الرجعة وهذه الآية الكريمة تدل على شرعيتها وعدم رضاها بها وانما شرطت العدة لانه هو والاجنبى سواء بعدها (وتصح) الرجعة حال كونها (فى العدة ان لم يطلق الزوج (ثلاثا) أى ثلاث طلقات لانه اذا طلقها ثلاثا تحرم عليه حرمة غليظة فلا يتصور فيها الرجعة والتطليقتان فى الامة كالثلاث فى الحرة وقوله (ولو لم ترض) المرأة واصل بما قبله يعنى رضاها ليس بشرط لقيام النكاح والباء فى قوله (براجعتك) تتعلق بقوله تصح أى تصح الرجعة بقول الزوج راجعتك (أو راجعت امرأتى) أو ارتجعتك أو رددتك أو أمسكتك وهذه كلها صريح ومن الكنايات قوله أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى (و) تصح أيضا (بما) أى بالذى (يوجب حرمة المصاهرة) كالوطء والقبلة واللمس والنظر الى داخل الفرج بشهوة وقال الشافعى لا تصح الا بالقول عند القدرة عليه بأن لا يكون أخرس أو معتقل اللسان وهذا بناء على ان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده فيكون مثبتا للحل كما هو أصله وعندنا لا يحرم فيكون استدامة فكل فعل يدل على الاستدامة يكون به رجعة وهو فعل يختص بالنكاح بخلاف النظر واللمس بغير شهوة لانه قد يحل للطبيب والقابلة والخافضة وتحمل أداء الشهادة فى الزنا ولا يكون بالنظر الى شئ من بدنها سوى الفرج رجعة ورجعة المجنون بالفعل لا القول وقيل بالعكس وقيل بهما (والاشهاد مندوب) أى مستحب (عليها) أى على الرجعة احترازا عن التجاحد وقال الشافعى لا تصح الا به وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعن الشافعى فى الجديد كمذهبنا لاطلاق النصوص المقتضية للرجعة والعجب من مالك يشترط فيها الاشهاد ولا يشترطه فى ابتداء النكاح (ولو قال) الزوج (بعد) انقضاء (العدة راجعتك فيها) أى فى العدة (فصدقته) بالمرأة (تصح) الرجعة لان بالتصادق يثبت النكاح فالرجعة أولى (والا) أى وان لم تصدقه المرأة (لا) تصح الرجعة والقول قولها بغير يمين عند أبى حنيفة لانها صادفت انقضاء العدة فلا تصح وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ثم استشهد على المخالفة بالوفاقية بقوله (كراجعتك) أى كقوله لها راجعتك (فقالت) المرأة حال كونها (مجيبة له) أى للزوج (مضت عدتى) فانه لا تصح الرجعة اتفاقا لانها أمينة فاذا أخبرت مقارنا بقوله دل ذلك على سبق الانقضاء بخلاف ما اذا سكتت ثم أخبرت بالانقضاء وعليها اليمين ههنا بالاجماع فان نكلت ثبتت الرجعة (وان قال زوج الامة بعد) انقضاء (العدة) كنت (راجعت فيها) أى فى العدة (فصدقه) أى الزوج (سيدها) أى مولى الامة (وكذبته) أى الزوج الامة (أو قالت) الامة (مضت عدتى وانكرا) أى الزوج والمولى انقضاء عدتها (فالقول لها) اى للامة فى المسئلتين اما الاولى فهى قول أبى حنيفة لان الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فيها قولها فكذا فيما يبتنى عليها وعندهما القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولا تثبت الرجعة اجماعا فى الصحيح وقيل هى أيضا على الخلاف وقيل لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة وأما الثانية فلانها أعرف بحالها وهى أمينة فيه فيقبل قولها دون المولى والزوج (وتنقطع) أى الرجعة (ان طهرت) اى المطلقة (من

الحيض

الحيض الآخر) وهى الحيضة الثالثة (لعشرة) أيام (وان لم تغتسل) وقال زفر لا تنقطع الرجعة ما لم تغتسل اعتبارا بما اذا انقطع الدم لاقل منها وبه قالت الثلاثة ولنا انها خرجت من الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة (و) ان طهرت (لاقل) من عشرة أيام (لا) تنقطع الرجعة (حتى تغتسل او يمضى) عليها (وقت صلاة او تتيمم وتصلى) بالتيمم فرضا أو نفلا لاحتمال عود الدم فلا بد من دخولها فى حكم الطاهرات وذلك بما ذكرناه وعند محمد تنقطع الرجعة بالتيمم وحده من غير الصلاة لان التيمم كالغسل عند عدم الماء وبه قال زفر والثلاثة ولهما أنه ليس بمطهر فى نفسه بل هو ملوث فاعتبر طهارة للضرورة وهذه الضرورة انما تتحقق اذا أدت الصلاة ولو قرأت القرآن بعد التيمم أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع الرجعة وقال أبو بكر الرازى لا تنقطع (ولو اغتسلت ونسيت اقل من عضو تنقطع) الرجعة لانه قليل يتسارع اليه الجفاف (ولو) نسيت (عضوا) فصاعدا (لا) تنقطع الرجعة لانه كثير لا يتسارع اليه الجفاف ولو تركت المضمضة والاستنشاق لا تنقطع عند أبى يوسف خلافا لمحمد (ولو طلق) الرجل امرأته وهى (ذات حمل أو ولدت) امرأته قبل الطلاق فى عصمته فى مدة يتصور ان يكون منه بأن ولدت لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج (وقال لم أطأها) أى لم أجامعها (راجع) يعنى له أن يراجع لان الحبل فى المسئلة الاولى متى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه كما ذكرنا جعل منه فكان ذلك دليل الوطء وكذا فى المسئلة الثانية حيث يثبت نسبه منه فيهما فيتأكد الملك والطلاق فى الملك المتأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع ولهذا يثبت به الاحصان وانما قيدنا بقولنا قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى به العدة فتستحيل الرجعة فان قلت قوله لم أطأها صريح فى عدم الجماع وثبوت النسب دلالة الجماع والصريح فوقها فكان أولى قلت الدلالة من الشارع أقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع (وان خلا بها) أى بامرأته (وقال لم اجامعها ثم طلقها لا) يراجع اى ليس له الرجعة لانها تثبت فى الملك المتأكد بالوطء وقد انكره فيصدق فى حق نفسه اذ لم يكن مكذبا شرعا ولا يلزم من وجوب المهر والعدة تكذيبه شرعا لان المهر لتسليم المبدل وهو التخلية ورفع الموانع والعدة للاحتياط فلم يكن القضاء بهما قضاء بالدخول بخلاف المسئلة الاولى لان القضاء بثبوت النسب قضاء بالدخول (فان راجعها) اى المرأة فى المسئلة المذكورة (ثم ولدت) المرأة (بعدها) اى بعد الرجعة (لاقل من عامين) أى من سنتين من وقت الطلاق (صحت تلك الرجعة) لان العدة لما وجبت ثبت نسب الولد منه وظهر ان العلوق كان سابقا على الطلاق فنزل واطئا فيكون به مكذبا شرعا (و) لو قال لامرأته (ان ولدت فأنت طالق فولدت) ولدا (ثم ولدت) ولدا آخر (من بطن آخر) يعنى بعد ستة اشهر من وقت الولادة الاولى (فهى) اى الولادة الثانية (رجعة) لانه وقع عليها الطلاق بالولادة الاولى لوجود الشرط ووجبت العدة عليها فيكون الولد الثانى من علوق حادث لوجود اقل مدة الحمل فيحمل على انه منه فيكون مراجعة بالوطء الحادث وان جاءت به لاكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء عدتها بخلاف ما اذا كان بين الولدين أقل من ستة اشهر فانه لا يكون مراجعة لان الثانى ليس بحادث بعد الولد الاول لان الطلاق وقع عليها بالولد الاول وهى حامل بالثانى فتنقضى بوضعه العدة (و) اذا قال لامرأته (كلما ولدت) ولدا (فأنت طالق فولدت ثلاثة

اولاد (فى بطون) مختلفة (فالولد الثانى والثالث رجعة) لان بولادة الاول وقع الطلاق فصارت عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بولد آخر من بطن آخر بأن جاءت به بعد ستة أشهر ولو كان لاكثر من سنتين مالم تقر بانقضاء عدتها علم انه من علوق حادث فتثبت به الرجعة وتقع طلقة أخرى بولادته لوجود الشرط وتكون عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بالثالث تبين انه كان راجعها بعد وقوع الثانية وتقع طلقة ثالثة بولادته فتحرم عليه حرمة مغلظة وتكون عدتها بالاقراء ولو جاءت بعد ذلك بولد فى بطن آخر لاتثبت به المراجعة لعدم تصورها حقيقة وحكما ولا يثبت نسبه منه لان وطأها حرام عليه الا اذا ادعاه على مايجىء عن قريب وقوله فى بطون احتراز عما اذا كانوا فى بطن واحدة وهو ما اذا كان بين الولادتين أقل من ستة أشهر لانها بوضع الاول يقع عليها طلقة لوجود الشرط وهى حامل بالثانى والثالث فتكون عدتها بوضع الحمل واذا وضعت الثانى يقع عليها طلقة أخرى وعدتها باقية على حالها لانها حامل بالثالث ثم اذا وضعت الثالث انقضت عدتها بولادته ولم يقع عليها شئ وان وجد الشرط لان الطلاق لا يقع مقارنا لانقضاء العدة ولهذا لو لم تلد الثالث لم تقع الثانية أيضا لانقضاء العدة بالثانى (والمطلقة الرجعية تتزين) لقيام النكاح وهو حامل على الرجعة وهى مستحبة أيضا (وندب) أى استحب (أن لايدخل) الزوج (عليها) أى على المطلقة الرجعية (حتى يؤذنها) أى يعلمها بخفق النعل أو التنحنح ونحو ذلك ومعناه اذا لم يكن من قصده أن يراجعها فيقع بصره عليها وهى متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر (ولا يسافر) الزوج (بها) أى بالمطلقة الرجعية (حتى يراجعها) وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولنا قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن نزلت فى الطلاق الرجعى بدلالة السياق (والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء) عندنا وقال الشافعى يحرم لان ملك النكاح شرط له وقد زال وبه قال مالك ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهم الازواج والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء بالاجماع

هذا (فصل) فيما تحل به المطلقة (وينكح) الرجل (مبانته) أى التى أبانها بما دون الثلاث ان كانت حرة وبالواحدة ان كانت أمة (فى العدة وبعدها) أى بعد انقضائها لبقاء الحل الاصلى وهو عدم تكامل العدد (لا) ينكح (المبانة بالثلاث) أى بالطلقات الثلاث (لو) كانت المرأة (حرة) (و) لا المبانة (بالثنتين) أى بالطلقتين (لو) كانت المرأة (أمة حتى يطأها) أى يجامعها زوج (غيره ولو) كان الغير صبيا (مراهقا) وهو الدانى من البلوغ وقيل الذى تتحرك آلته ويشتهى الجماع والمجنون فيه كالعاقل وكذا الخصى الذى يقدر على الجماع وفى الغاية ان تزوجت بمجبوب وحملت منه حلت للاول وثبت به الاحصان خلافا لزفر وعن أبى حفص ان كان لا ينزل لا يثبت نسبه وكذا لو كانت مفضاة وحملت من الثانى حلت للاول ولو وطئها فى الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام منهما أو من أحدهما حلت للاول خلافا لمالك ولو لف قضيبه بخرقة فجامعها وهى لاتمنع من وصول حرارة فرجها الى ذكره يحلها للاول وفى فتاوى الوبرى الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لو اولج بمساعدة يده لا يحلها والباء فى (بنكاح) تتعلق بقوله حتى يطأها أى حتى يطأ المبانة بالثلاث زوج آخر بنكاح (صحيح) حتى لا يحلها وطؤها بملك يمين ولا بنكاح فاسد بخلاف اليمين والشرط وطء الزوج الثانى بالكتاب وهو قوله تعالى حتى تنكح

زوجا

زوجا غيره والمراد منه الوطء حملا للكلام على الفائدة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج هكذا ذكروه ولا يخلو عن مناقشة لانها موطوأة فيلزم أن تكون واطئة وقد قيل يمكن ذلك مجازا كما تسمى زانية بالتمكين منه وبالسنة وهي ما روى عن عائشة رضي الله عنها ان رفاعة ابن سموأل القرظي طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته متفق عليه وهذا خبر صحيح مشهور تجوز به الزيادة على الكتاب ان كان المراد العقد وان كان الوطء فلا اشكال وبالاجماع فان الامة أجمعت على ان الدخول شرط الحل للاول ولم يخالف في ذلك الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل ولهذا لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ويشترط أن يكون موجبا للغسل وهو التقاء الختانين وشذ الحسن البصري في اشتراط الانزال قال العسيلة الانزال قلنا ليس في العسيلة دلالة على الانزال وانما هي كناية عن لذة الجماع (وبمضي عدته) أي عدة النكاح الصحيح بعد زواله بالطلاق من الزوج الثاني وجعل الشارح الضمير فيه عائدا الى الزوج لكونه سببا لها والاول أقرب والثاني أظهر (لا) تحل له المبانة بالثلاث اذا وطئها غيره (بملك يمين) بأن يطأها مولاها بعد طلاق زوجها ثنتين فانه لا يحلها للزوج لان غاية الحرمة بنكاح الزوج الثاني والمولى ليس بزوج (وكره) التزوج (بشرط التحليل) بالقول بأن قال تزوجتك على أن أحللك له أو قالت المرأة ذلك ولو نويا ذلك في قلبهما ولم يشترطا بالقول لا عبرة له (وان حلت) المبانة بالثلاث (للاول) أي للزوج الاول وهذا واصل بما قبله يعني يكره شرط التحليل ولكنها تحل للاول وقال أبو يوسف لا ينعقد بشرط التحليل ولا تحل له لان هذا في معنى شرط التوقيت فيكون في معنى المتعة فيبطل ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا أوتى بمحلل ولا محللة الا رجمتهما وقال ابن عمر رضي الله عنهما لا يزالان زانيين ولو مكثا عشرين سنة وقال عثمان رضي الله عنه ذلك السفاح وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للاول لانه ليس بمحظور له ولكنه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان ولابي حنيفة قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا يقتضي صحة النكاح والحل للاول والكراهة ثم قيل انما لعن مع حصول الحل لان اشتراط ذلك في العقد هتك للمروأة واعارة النفس في الوطء لغرض الغير وهو قلة حمية ولهذا قال عليه السلام هو التيس المستعار ولو ادعت المرأة دخول المحلل صدقت وان أنكره هو وكذا على العكس وان خافت المرأة أن لا يطلقها المحلل فقالت زوجتك نفسي على ان امري بيدي أطلق نفسي كلما أردت فقبل جاز النكاح وصار الامر بيدها (ويهدم الزوج الثاني ما دون) الطلقات (الثلاث) من طلقة أو طلقتين عند أبي حنيفة وأبي يوسف صورته اذا طلقها وهي حرة طلقة أو طلقتين أو طلقة واحدة وهي أمة فتزوجت بآخر ثم بانت منه وانقضت عدتها ثم عادت الى الاول عادت الحرة على ملك ثلاث

تطليقات والامة بثنتين عندهما وهو قول ابن عباس وابن عمر وأصحاب ابن مسعود رضى الله عنهم وقال محمد تعود بما بقى من الطلقات الثلاث ولا يهدم الزوج الثانى الا الثلاث وبه قال زفر والثلاثة وهو قول على وعمر وأبى بن كعب وعمران بن الحصين وأبى هريرة رضى الله عنهم ولو طلقها ثلاثا وتزوجت بآخر ثم بانت منه وانقضت عدتها وعادت الى الاول عادت بثلاث تطليقات اجماعا (ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته) أى عدة الزوج الاول أضيفت اليه لكونه سببا لها (و) بمضى (عدة الزوج الثانى و) الحال ان (المدة تحتمله) أى تحتمل اخبارها (له) أى للزوج الاول (أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها) أى صدق المرأة لانه معاملة أو أمر دينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا فى أدنى هذه المدة فعند أبى حنيفة شهران فى العدة الاولى يجعل كانه طلقها فى أول الطهر فيجعل طهرها خمسة عشر يوما وحيضها خمسة أيام لان اجتماع أقلهما فى امرأة واحدة نادر فيؤخذ بالوسط فثلاثة أطهار تكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض تكون خمسة عشر يوما فصارت ستين على تخريج محمد لابى حنيفة وعلى تخريج الحسن يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر فيجعل حيضها عشرة أيام وطهرها خمسة عشر يوما فالطهران ثلاثون يوما وثلاث حيض ثلاثون يوما فصارت ستين يوما ومثله فى الثانية بزيادة طهر على تخريج الحسن وعندهما أدنى مدة تصدق فيها المرأة تسعة وثلاثون يوما ومثلها فى الثانية مع زيادة طهر بخمسة عشر يوما هذا فى حق الحرة وفى حق الامة فعنده على تخريج محمد أدناه أربعون يوما وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما ثم يحتاج الى مثلها فى حق الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما على رواية الحسن وعندهما احد وعشرون يوما للاول ومثله للثانى وزيادة طهر واحد وعند الشافعى أدنى ذلك أكثر من اثنين وثلاثين يوما طهرها عشرة أيام وحيضها يوم وعند مالك أربعون يوما طهرها عشرة أيام وحيضها ثلاثة أيام وثلث يوم وعند أحمد تسعة وعشرون يوما حيضها ساعة وطهرها تسعة أيام ولو قال ان ولدت فأنت طالق ثلاثا فولدت لم تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما فى قول أبى حنيفة على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق فى أقل من مائة يوم لان أقصى ما يمكن أن يجعل نفاسا خمسة وعشرون يوما ثم طهرها خمسة عشر بعد ذلك ثم فيها ثلاث حيض وطهران على التخريجين وانما كان كذلك لان ما ترى من الدم فى الاربعين لا يكون حيضا وانما هو نفاس لانه فى مدته وما تراه بعد تمام الاربعين يكون حيضا ان تقدمه طهر صحيح وهو خمسة عشر يوما هذا فى حق الزوج الاول وفى حق الثانى تحتاج بعد هذا الى ثلاث حيض فى ثلاثة أطهار على التخريجين وعند أبى يوسف تصدق فى خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما لان مدة النفاس أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثر الحيض بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا فى حق الاول وفى حق الثانى تحتاج بعدها الى ثلاثة اطهار وثلاث حيض وعند محمد تصدق فى أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة وجب تصديقها ثم الطهر بعده خمسة عشر يوما ثم ثلاث حيض وطهران هذا للزوج الاول وللثانى تحتاج الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا فى حق الحرة وفى حق الامة التخريج ظاهر على المذاهب كلها فليتأمل

هذا (باب) في بيان أحكام (الايلاء)

هو مصدر من آلى يولى وهو اليمين لغة وفى الشرع (هو) أى الايلاء (الحلف على ترك قربانها) أى قربان المرأة أى وطئها (اربعة اشهر او اكثر) منها وعند الثلاثة لابد من أكثر والمولى من لايمكنه قربان امرأته الابشئ يلزمه ومثل لذلك بقوله (كقوله) أى كقول الرجل لامرأته (والله لااقربك اربعة اشهر أو) كقوله (والله لااقربك) فاذا قال ذلك كان موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فتكون مدة الايلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولانقصان اذلو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن فى التنصيص على الاربعة فائدة وقال الشافعى وأحمد اذا حلف لا يقربها أربعة أشهر لايكون موليا حتى تزيد مدة المطالبة واشترط مالك زيادة يوم والحجة عليهم ما تلونا وبينا والمسلم والذمى فيه سواء عند أبى حنيفة لان الذمى من أهل اليمين بالله تعالى وعندهما لا يكون الذمى موليا وعند الشافعى يصح ظهاره أيضا وقوله لاأقربك كناية عن الجماع ومنها الوطء والمباضعة والاقتضاض فى البكر والاغتسال منها والاتيان والاصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس وقوله لاتجمع رأسى ورأسك وسادة أولا يجتمعان أولا أبيت معك فى فراش أولا أقرب فراشك لايكون بها موليا الا بالنية وفى البدائع الصريح المجامعة والنيك ثم بين حكم الايلاء بالفاء التفسيرية بقوله (فان وطئ) أى امرأته التى آلى منها (فى المدة) أى فى أربعة أشهر (كفر) لانه حنث فى يمينه وقال الحسن البصرى لاتجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم قلنا المراد به اسقاط العقوبة فى الآخرة لاسقوط الكفارة المشروعة (وسقط الايلاء) لان اليمين تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدونها (والا) أى وان لم يطأها فى المدة وهى أربعة أشهر حتى مضت (بانت) المرأة منه بتطليقة واحدة وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وروى ذلك عن عثمان وعلى رضى الله عنهما وهو قول جمهور التابعين وقال الشافعى لاتبين بمضى المدة ولكن يؤمر أن يفئ اليها أو يفارقها فان فعل والا فرق القاضى بينهما فالخلاف فى موضعين أحدهما ان الفئ عنده يكون بعد مضى المدة وعندنا فى المدة والثانى ان الفرقة لاتقع الا بتفريق القاضى أو بتطليق الزوج عنده وبه قال مالك وأحمد وعن الشافعى لا يفرق ولكن يضيق عليه حتى يفئ أو يطلق وعندنا يقع بمضى المدة واستدلوا بقوله تعالى فان فاؤا فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفئ بعد المدة وجواز التفريق ولنا ماذكرنا من كبار الصحابة وقراءة ابن مسعود وأبى بن كعب رضى الله عنهما فان فاؤا فيهن فاقتضى أن يكون الفئ فى المدة فيكون حجة عليهم لان قراءتهما لاتنزل عن روايتهما والفاء فى الآية لتعقيب الفئ على الايلاء بدليل جواز الفئ قبل مضى الاشهر ولو كان كما قالوا لما جاز (وسقط اليمين لو) كان (حلف على أربعة اشهر) لان اليمين مؤقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه (وبقيت لو) كان حلف (على الابد) بأن قال والله لاأقربك أبدا أو قال والله لاأقربك ولم يقل أبدا لان مطلقه ينصرف الى الابد كما فى اليمين لايكلم فلانا فلا يبطل بمضى أربعة أشهر الا أنه لا يتكرر الطلاق مالم يتزوجها ذكره فى البدائع والتحفة وغيرهما وفى المحيط انها لو بانت بمضى أربعة أشهر بالايلاء ثم مضت اربعة أشهر وهى فى العدة وقعت أخرى فان مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ولم يحك خلافا فيه والاول أصح (فلو

نكحها) أى فلو تزوّج المبانة بالايلاء نكاحا (ثانيا وثالثا ومضت المدتان) أى مدة الايلاء بعد التزوّج الثانى وهى أربعة اشهر ومدة الايلاء أيضا بعد التزوّج الثالث وهى أربعة أشهر (بلا فىء) فى المدتين (بانت) المرأة (بأخريين) أى بتطليقتين أخريين فتحرم عليه حرمة مغلظة لانه لما تزوّجها ثبت حقها فى الجماع وبامتناعه صار ظالما فجوزى بازالة نعمة النكاح بمضى مدة الايلاء وذكر فى الكافى والهداية ان مدة هذا الايلاء تعتبر من وقت التزوّج وقال فى الغاية ان تزوّجها فى العدة يعتبر ابتداء المدة من وقت وقوع الطلاق الاول (فان نكحها) أى المرأة التى بانت منه بالايلاء ثلاث مرات (بعد زوج آخر لم تطلق) بعد ذلك بالايلاء الاول لارتفاعها الان الزائد عليهن ليس فى الملك ولا مضافا اليه فلم يصح التعليق فبقيت اليمين من دون ثبوت حكم الايلاء وقال زفر يعود الايلاء لبقاء اليمين (ولو وطئها) اى هذه المبانة بالثلاث التى تزوّجها بعد زوج آخر (كفر) عن يمينه (لبقاء اليمين) فى حق التكفير وان لم يبق فى حق الطلاق (ولا ايلاء فيما دون اربعة اشهر) يعنى فى الحرة وهو قول ابن عباس وقال ابن ابى ليلى لو حلف على اقل منها يكون موليا وهو قول ابى حنيفة اولا ثم رجع عنه حين بلغه فتوى ابن عباس ولو قال (والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين) فهو (ايلاء) فيكون به موليا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وقوله بعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك (ولو مكث يوما) بعد ان قال والله لا اقربك شهرين (ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين) لا يكون موليا لان الثانى ايجاب مبتدأ فلم تتكامل المدة (او قال) لامراته (لا اقربك سنة الا يوما) لا يكون موليا ايضا عندنا وقال زفر يكون موليا فى الحال لان الاستثناء ينصرف الى اليوم الآخر ولنا انه استثنى يوما منكرا فله جعل ذلك اليوم اى يوم اختاره من السنة تعين ثم اذا قربها يوما من السنة فان كان بعد يوم القربان اربعة اشهر كان موليا وان بقى اقل منها لم يكن موليا وان كانت اليمين مطلقة بأن قال والله لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فان قربها صار موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا أبدا (او قال) رجل وهو مقيم (بالبصرة) وامراته بمكة (والله لا ادخل مكة و) الحال انها (هى) أى المراة (بها) اى بمكة اى فيها لا يكون موليا ايضا لانه يمكنه ان يقربها فى المدة بغير شئ يلزمه بأن يخرجها من مكة وقوله (لا) يكون موليا جواب المسائل الثلاث (وان حلف بحج) بأن قال ان قربتك فلله على حجة (او) حلف بذكر (صوم) بان قال ان قربتك فلله على صوم شهر (او صدقة) بأن قال ان قربتك فلله على ان اتصدق بمائة درهم مثلا (او عتق) بأن قال ان قربتك فلله على عتق رقبة او فعبدى حر (او طلاق) بان قال ان قربتك فامراتى طالق هى أو غيرها (أو آلى من المطلقة الرجعية فهو) اى الحالف بهذه الاشياء (مول) لان المنع باليمين قد تحقق بخلاف اليمين بالصلاة والصوم عند ابى حنيفة وأبى يوسف لانه يسهل ايجادهما فلا يصلحان مانعين وعند محمد يكون موليا لانه قربة وهو قول ابى يوسف أولا وقال الشافعى فى احد قوليه لا يكون الايلاء الا بالله تعالى وفى عتق العبد المعين خلاف ابى يوسف (ولو) آلى (من المبانة) أى المطلقة طلاقا بائنا (والاجنبية لا) يكون موليا لان محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص وهما ليستا منها بخلاف المطلقة الرجعية لبقاء الزوجية بينهما (ومدة ايلاء الامة شهران) لانها ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق

وعند

قوله أو طلاق أو آلى من المطلقة الرجعية هكذا فى نسخ المتن وليس فى خط المصنف اهـ من هامش

وعند الشافعي مدتها كمدة ايلاء الحرة لانها عنده ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع فيستوي فيه الحرة والامة (وان عجز المولى عن وطئها) اى عن وطء امرأته التى آلى منها (بمرضه) اى بسبب مرضه (او) بسبب (مرضها او) عجز عن وطئها (بالرتق) أى بسبب الرتق وهو استداد فم الرحم بلحمة أو عظمة أو نحوهما (او) عجز بسبب (الصغر أو) لاجل (بعد مسافة) بينهما (ففيؤه أن يقول فئت اليها) هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان يمضى أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر ثم عجز عن الوطء بعد ذلك لمرض أو بعد مسافة أو حبس أو أسر اوجب او نحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان لانه خلف عن الجماع فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة وقال الشافعي لا يصح الفيء باللسان أصلا حتى اذا مضت أربعة أشهر ثبت حكم الايلاء لانه لم يوجد الجماع واليه ذهب الطحاوى وعن الشافعي يقول ندمت على مافعلت وعند أحمد يقول متى قدرت جامعتك والاصح ماقلنا من أن الفيء باللسان عند العجز خلف عن الوطء لقول على وابن مسعود رضى الله عنهما فيء المريض باللسان وكفى بهما قدوة الا أنه بشرطين أحدهما ان يكون قوله فئت في مدة الايلاء والآخر استمرار العجز الى انتهاء أربعة أشهر كما ذكرنا (وان قدر) المولى على الجماع (في المدة) أى في مدة الايلاء على الجماع (ففيؤه الوطء) لان الفيء باللسان خلف عن الجماع فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف بطل كالمتيمم اذا رأى الماء ولو قال لامرأته (أنت على حرام) فهو على وجوه الاول هو (ايلاء ان نوى التحريم اولم ينو شيأ) لان تحريم الحلال يمين بالنص (و) الثانى انه (ظهار ان نواه) أى نوى الظهار لان فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله وعند محمد لا يكون ظهارا لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة (و) الثالث انه (كذب ان نوى الكذب) لانه أراد حقيقة كلامه فكان كذبا حقيقة وقيل لا يصدق لانه يمين ظاهرا فلا يصدق في الصرف الى غيره (و) الرابع انه طلقة (بائنة ان نوى الطلاق) لانه من الفاظ الكنايات (و) الخامس انه (ثلاث) طلقات (ان نواه) اى الثلاث وقدمر في الكنايات وقيل يصرف التحريم الى الطلاق من غير نية للعرف لاسيما في زماننا وأشار الشيخ الى ذلك بقوله (وفي الفتوى) التى يفتى بها المفتى (اذا قال) رجل (لامرأته أنت على حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق) اعتبارا للعرف لاطلاقهم اليوم على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضاء ومذهب الشافعي في هذا انه لو نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى ولو نوى يمينا أو لم ينو شيأ فعليه كفارة يمين وعند مالك طلاق ثلاث في الموطوأة نواه أولا وواحدة في غيرها وعند أحمد ظهار نواه أم لا وعنه يمين مطلقا وعنه طلاق مطلقا ولو قال هذا القول وله أربع نسوة يقع على كل واحدة تطليقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن واليه البيان وهو الاظهر والاشبه

هذا (باب) في بيان أحكام (الخلع)

وهو النزع والفصل لغة يقال خلع نعله وثوبه اذا نزعه وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت نفسها منه وخالعها زوجها اذا طلقها على مال وتخالعا لتشبيه الفراقهما بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس الآخر وفي الشرع (هو) أى الخلع (الفصل من النكاح) باخذ المال بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وهو من جهته يمين ومن

جهتها معاوضة (الواقع به) أى بالخلع (و) الواقع أيضا (بالطلاق على مال طلاق بائن) عندنا وعند الشافعى فى القديم فسخ وليس بطلاق روى ذلك عن ابن عباس حتى لو خالعها مرارا ينعقد النكاح بينهما بغير تزوج بزوج آخر وبه قال أحمد وفى قول من الشافعى انه رجعى وفى قول وهو أصح أقواله انه طلاق بائن كمذهبنا لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم موقوفا ومرفوعا وكذا يصح بلفظ البيع أو المباراة ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق فى لفظ الخلع والمباراة لانهما كنايتان ولا يصدق فى لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر (ولزمها) أى المرأة (المال) لالتزامها وان لم يكن البضع مالا كالقصاص (وكره له) أى للزوج (أخذ شئ) منها (ان نشز) لان الايحاش بالفراق كاف يقال نشز على زوجته اذا ضربها وجفاها ونشزت المرأة اذا استصعبت على بعلها وجاء نشست ونشصت (وان نشزت المرأة (لا) يكره له الاخذ منها وهو باطلاقه يتناول القليل والكثير وان كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الجامع الصغير وقال القدورى اذا كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الاصل ولو أخذ الزيادة جاز قضاء وكذا اذا أخذ شيأ والنشوز منه (وما) أى كل شئ (صلح) أن يكون (مهرا صلح) أن يكون (بدل خلع) لان ما صلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهذا لان البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ولهذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فان قلت قد يصلح للخلع ما لا يصلح للمهر كالاقل من العشرة وكما فى يدها او بطن غنمها ونحو ذلك قلت هذا ايجاب ولا ينعكس الى مثله كما قد تقرر فى موضعه والحاصل فيه ان الغرض فى طرد الكلى أن يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة ومن عكس الكلى أن لا يكون مالا متقوما وأن لا يكون فيه جهالة مستتمة اذا كان مالا وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة فلا يرد السؤال على طرد الكلى ولا على عكسه فافهم (فان خالعها) أى المرأة (أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع) طلاق (بائن فى) صورة (الخلع) وطلاق (رجعى فى غيره) أى فى غير الخلع وهو فى صورة الطلاق اما وقوع الطلاق فيهما فلوجود الشرط وهو القبول واما الافتراق فى البينونة والرجعية فلان العوض اذا بطل فى الخلع بقى لفظه وهو كناية والواقع بها بائن واذا بطل فى الطلاق بقى صريحه وهو يقتضى الرجعة (مجانا) يعنى بغير شئ عليها وانتصابه على أنه صفة لمصدر محذوف أى وقوعا مجانا ووزنه فعال لانه ينصرف ذكره الجوهرى فى باب مجن * ثم مثل هذه المسئلة فى وقوع الطلاق فيها بغير شئ بمسئلة أخرى وهى قوله (كخالعنى) أى كقول المرأة لزوجها خالعنى (على ما فى يدى و) الحال انه (لا شئ فى يدها) لانها لم تسم مالا متقوما فلم تصر غارة له والرجوع بالغرور (وان زادت) المرأة فى قولها خالعنى على ما فى يدى (من مال أو من دراهم) ولم يكن فى يدها شئ (ردت عليه) أى على الزوج (مهرها) الذى أخذته منه فى قولها من مال لانها غرته حيث أطمعته فى مال فيرجع عليها بالبدل وعند الشافعى ترد عليه مهر مثلها (او) ردت عليه (ثلاثة دراهم) فى قولها من دراهم لانها ذكرت الجمع وأقله ثلاثة بخلاف ما اذا تزوجها بدراهم حيث تبطل التسمية للجهالة ويجب مهر المثل لان

البضع حال الدخول متقوم فأمكن ايجاب قيمته اذا جهل المسمى فان قلت قد ذكرت من وهى للتبعيض فينبغى أن يجب بعض الدراهم وذلك درهم أو درهمان قلت لا يلزم ذلك لانه قد تكون لبيان الجنس لان فى قولها على ما فى يدى نوع ابهام لا يعرف من أى جنس هو فبينتها من وسوى القدورى بين قولها من دراهم ومن الدراهم فان قلت كان ينبغى أن يلزمها درهم واحد فى المعرّف لانه بمنزلة المفرد المعرف حتى يصرف الى أدنى الجنس عند تعذر صرفه الى الكل كما اذا حلف لا يشترى العبيد أو لا يتزوج النساء قلت انما يصرف الى الجنس عند عدم قرينة دالة على العهد وقد وجدت ههنا وهو قولها على ما فى يدى فلا تكون للجنس فوجب اعتبار الجمعية فيه بخلاف ما ذكر لعدم القرينة الدالة على العهد فيه (وان خالع) امرأته (على عبد ابق لها) أى للمرأة (على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ) أى المرأة لانه عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل ولا يبطل الخلع لانه كالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع لانه يبطل به فلا يصح فى الآبق فاذا بطل وجب عليها تسليم عينه ان قدرت عليه والا فتسليم قيمته كما لو خالعها على عبد الغير (قالت) المرأة لزوجها (طلقنى ثلاثا) أى ثلاث طلقات (بألف فطلق) الزوج طلقة (واحدة له ثلث الالف) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم على المعوض وعند مالك لزمها كل الالف وعند أحمد يقع بغير شئ (وبانت) المرأة لوجوب المال (وفى) قولها طلقنى ثلاثا (على الف) فطلقها واحدة (وقع) طلاق (رجعى مجانا) يعنى من غير شئ عند أبى حنيفة لان على للشرط فصار ايقاع الثلاث شرطا للزوم الالف والبدل لا يوزع على اجزاء الشرط وعندهما عليها ثلث المال والطلاق بائن لان على مثل الباء فى المعاوضات وبه قال الشافعى وعند مالك يلزمها كل الالف ولو قال لامرأته (طلقى نفسك ثلاثا) أى ثلاث طلقات (بألف او على الف فطلقت) المرأة نفسها طلقة (واحدة لم يقع شئ) لانه لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف كلها له (و) لو قال لها (أنت طالق بألف او على الف فقبلت) المرأة (لزم) المال للقبول (وبانت) لوجوب المال (و) لو قال لها (أنت طالق وعليك الف او) قال لعبده (انت حر وعليك الف طلقت) المرأة (وعتق) العبد (مجانا) أى بغير شئ قبلا أو لم يقبلا عند أبى حنيفة لان الاصل انفراد كل جملة بنفسها والاتصال بدلالة عارضة ولا دلالة فلا شئ وعندهما ان قبلا وقع الطلاق والعتاق ولزمهما المال والا فلا لانه معاوضة وبه قالت الثلاثة وعلى هذا الخلاف لو قالت هى طلقنى ولك ألف او قال العبد أعتقنى ولك ألف ففعل (وصح شرط الخيار لها) أى للمرأة (فى الخلع لا) يصح (له) أى للزوج عند أبى حنيفة فان ردت الخلع فى أيام الخيار بطل فلا يقع الطلاق وان قبلت صح فيقع ويجب المال لان الخلع من جانبها تمليك المال وانه يقبل الخيار كالبيع وقالا لا يصح لها كما لا يصح له وبه قالت الثلاثة ولو قال لامرأته (طلقتك امس بألف فلم تقبلى فقالت) المرأة (قبلت صدّق) الرجل دون المرأة ولم تطلق لان الطلاق بمال يمين من جانبه وقبولها شرط الحنث فيكون القول قوله فيه لانه منكر لوجود الشرط (بخلاف البيع) بأن قال لغيره بعتك هذا العبد فلم تقبل حيث لا يقبل قوله فى انكار القبول لان الاقرار بالبيع اقرار بالشراء لانه لا يتم الا به فانكاره يكون رجوعا فلا يسمع (ويسقط) من الاسقاط وقوله (الخلع) بالرفع فاعله (والمباراة) عطف عليه وقوله (كل حق)

بالنصب مفعوله أى كل حق ثابت (لكل واحد) من الزوجين (على الآخر مما يتعلق بالنكاح) هذا عند أبى حنيفة فالمباراة والخلع متساويان فى أن كلا منهما يسقط به جميع حقوق النكاح مما لكل منهما على الآخر حتى اذا كان ذلك قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشئ ولو لم تكن قبضت شيأ لا ترجع عليه بشئ ولو خالعها على مال لزمها ويسقط الصداق لانهما يقتضيان براءة كل منهما عن صاحبه من حقوق العقد وعند محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه فقط ولها المهر على الزوج وله الرجوع عليها بنصف ما قبضت قبل الدخول ولا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية وبه قالت الثلاثة وقال أبو يوسف تسقط بالمباراة جميع حقوق النكاح كما قال أبو حنيفة ولا يسقط فى الخلع الا ما سمياه كما قال محمد لان المباراة تقتضى البراءة المطلقة من الجانبين والخلع لا وقيد بقوله مما يتعلق بالنكاح لان غيره من الحقوق لا دخل له فيها لان وجوبه ليس بسبب النكاح ونفقة العدة لم تجب بعد ولكن لو شرطا البراءة منها سقطت ولو شرطا البراءة من نفقة الولد الصغير وهى مؤنة الرضاع ينظر فان وقتا له وقتا كالسنة ونحوه صح والا فلا ولا يصح ابراؤها عن السكنى لان خروجها معصية ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن التزمتها أو سكنت ملكها صح مشروطا فى الخلع لانه خالص حقها وفى الغاية ثم بالخلع هل تقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح فى ظاهر الرواية لا وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة تقع وكذلك المباراة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ والصحيح انها لا توجب كذا فى الفتاوى الصغرى أما اذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح فى ظاهر الرواية لا تقع لان لفظ الطلاق لا يدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلاف المشايخ فيه على قول أبى حنيفة قال فى الفتاوى الصغرى والصحيح أنه كالخلع والمباراة وعندهما الجواب فيه كالجواب فى الخلع وفى الفتاوى الصغرى أيضا لو قال لامرأته خالعتك فقبلت المرأة يقع الطلاق وتقع البراءة ان كان عليه مهر وان لم يكن عليه مهر يجب عليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع نقله عن أول اقرار شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله فعلم بهذا ان ما ذكره فى أول مسائل الخلع بقوله اذا قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شئ من المهر فيه نظر والله أعلم (و) قوله (حتى لو خالعها) الخ توضيح وبيان لاسقاط الخلع والمباراة كل حق لكل منهما على صاحبه مما يتعلق بالنكاح أى حتى لو خالع رجل امرأته (او باراها) بأن قال بارأتك أو قالت بارئنى وكان الخلع أو المباراة (بمال معلوم كان للزوج) أى ثبت له (ما سمت) هى (له) أى للزوج (ولم يبق لاحدهما) أى لاحد الزوجين (قبل صاحبه دعوى فى المهر) حتى لا يجب عليها رد ما قبضت ولا عليه دفع ما لم تقبض سواء (مقبوضا كان) المهر (او غير مقبوض) وسواء كان (قبل الدخول بها) أى بالمرأة (او بعده) اى بعد الدخول فهذا ينقسم على وجوه لانه اما أن لا يسميا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر وكل واحد على وجهين اما أن يكون قبل الدخول أو بعده والمهر لا يخلو اما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض فالجملة ستة عشر وجها الاول أن لا يسميا شيأ وكان قبل الدخول وكان المهر غير مقبوض برئ كل منهما عن حق الآخر مما لزمه فى النكاح فى الصحيح الثانى أن لا يسميا شيأ وكان قبل الدخول

وكان

وكان المهر مقبوضا فالحكم كذلك الثالث أن لا يسميا شيأ وكان بعد الدخول وكان المهر مقبوضا فالحكم كذلك الرابع أن لا يسميا شيأ وكان بعد الدخول وكان المهر غير مقبوض فالحكم كذلك الخامس أن يسميا المهر وهو ألف درهم مثلا وكان بعد الدخول ولم يكن مقبوضا يسقط عنه كله السادس أن يكون بعد الدخول وكان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط السابع أن يكون قبل الدخول وكان المهر مقبوضا ففي القياس يرجع عليها بألف وخمسمائة ألف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بالالف المقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو خمسمائة قبل الدخول فيجب عليها ردّه بالشرط وخمسمائة أخرى بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها ردّه الثامن أن لا يكون المهر مقبوضا ففي القياس يسقط عنه جميع المهر ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما ذكرنا أنّ المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو خمسمائة فيجب لها ذلك عليه ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا التاسع أن يسميا بعض المهر بأن خالعها على عشر مهرها مثلا والمهر ألف وكان بعد الدخول والمهر مقبوض يرجع عليها بمائة درهم ويسلم الباقي لها العاشر أن لا يكون المهر مقبوضا ففي هذه الصورة يسقط عنه كل المهر مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع الحادي عشر أن يكون قبل الدخول والمهر مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة منها مائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما لان ذلك عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع الثاني عشر أن لا يكون المهر مقبوضا سقط عنه كله استحسانا العشر بالشرط والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع الثالث عشر أن يسميا مالا غير المهر وكان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى لا غير الرابع عشر أن لا يكون المهر مقبوضا فله المسمى ويسقط عنه المهر بحكم الخلع الخامس عشر ان يكون قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى بالشرط ويسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها ردّ شئ منه السادس عشر أن لا يكون مقبوضا فله المسمى بالشرط ويسقط عنه المهر بحكم الخلع (وان خلع الاب صغيرته) اى ابنته الصغيرة (بمالها لم يجز عليها) اى على الصغيرة لانّ الخلع على مالها كالتبرع به فلا ينفذ عليها (وطلقت) الصغيرة بقبول الاب في الاصح لانه لا يلزم من عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق الا ترى أنّ الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يوجب شيأ (ولو) خالعها الاب (بألف) درهم (على انه ضامن) للالف بمعنى انه ملتزم له لا أنه ضامن عنها بطريق الكفالة لانّ المال لا يلزمها فاذا التزم جاز ذلك ولهذا (طلقت) الصغيرة (و) يجب (الالف عليه) أى على الاب لانّ اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى ووقوع الطلاق بقبول الاب وقد قيل ان تأويل المسئلة أن يخالعها على مال آخر مثل مهرها اما الخلع على مهرها فغير جائز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة شئ ما ليس بمتقوّم ولا يعتبر ضمانه في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر وضمان الاب اياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر فان كان مهرها الفا مثلا وكان قبل الدخول لزمه الالف قياسا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة وقد تقدّم وجههما ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت أهلا له بأن تكون مميزة وهي التي تعرف انّ الخلع سالب والنكاح جالب فان قبلت وقع اتفاقا لوجود الشرط ووقوع الطلاق بعدمه دون

لزوم المال على ما مرّ وان قبل الاب عنها اصح فى رواية ولا يصح فى اخرى وهى الاصح لانّ قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وان خالعها على مهرها توقف على قبولها فان قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شئ لما ذكرنا وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه وان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط والله أعلم

هذا (باب) فى بيان احكام (الظهار)

وهو مصدر من ظاهر يظاهر وفى الشرع (هو) أى الظهار (تشبيه المنكوحة بمحرّمة) أى بامرأة محرّمة (عليه) اى على المشبه (على التأبيد) مثل الام والبنت والاخت وقيل ينبغى أن يزاد اتفاقا فالتخرج أم المزنى بها او بنتها الا انه لو شبهها بهما لا يكون مظاهرا كذا فى شرح الطحاوى وفى الاختيار يكون مظاهرا عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على انّ القاضى اذا قضى بجواز نكاحهما ينفذ عنده خلافا لابى يوسف وفى المحيط لو قبل امرأة أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبى حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لانّ حرمته منصوص عليها (حرم عليه) أى على المظاهر (الوطء ودواعيه) كاللمس والقبلة بشهوة (بأنت) أى بقوله أنت (علىّ كظهر أمى حتى يكفر) عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت وهو مشهور وعند الشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية لا تحرم الدواعى (فلو وطئ) المظاهر (قبله) أى قبل التكفير (استغفر ربه) عز وجل ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى أشار اليه بقوله (فقط) وقال سعيد بن جبير عليه كفارتان وقال النخعى عليه ثلاث كفارات والحجة عليهما ما روى أنّ سلمة بن صخر حين واقع امرأته وقد ظاهر منها اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل ان أكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رأيت خلخالها فى ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله رواه الاربعة وقال الترمذى حديث حسن غريب صحيح وفى رواية قال له استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه السلام له (وعوده) أى عود المظاهر وهو العود المذكور فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا (عزمه على وطئها) أى على وطء المظاهر اياها وقال الشافعى أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكن فيه ايقاع الطلاق ولا يطلق حتى لو طلق موصولا بالظهار لا يلزمه كفارة عنده لانّ العود النقض يقال فلان صنع فى حق فلان صنيعة ثم عاد بها أى نقضها فنقض الظهار فى امساكها نكاحا لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا وقال مالك العود الوطء نفسه والحديث المذكور يرد عليه وقالت الظاهرية أن يتكلم بالظهار مرة أخرى ولا يحرم وطؤها بدون الثانية وهذا فساده ظاهر لانه لو كان كذلك لقال يعيدون من الاعادة لا من العود ولان موجب الظهار هو حرمة الوطء فيقتصر فى العزم على الوطء وأما النكاح فهو بحاله واللام فى قوله لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى فى وقال الفراء بمعنى عن أى يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء والعود الرجوع فاذا قصد وطأها وعزم عليه رجع عما قال فلهذا يجب عليه الكفارة حتى لو أبانها أو لم يعزم على وطئها لم يجب عليه لعدم الرجوع وكذا لو مات أحدهما ولو عزم ثم رجع وترك العزم سقطت عنه وللمرأة ان تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع

بها

بها حتى يكفر وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها (وبطنها) أى وبطن أمه (وفخذها وفرجها كظهرها) حتى لو شبه امرأته بعضو من هذه الاعضاء يكون مظاهرا لان هذه الاشياء يحرم عليه النظر اليها ولمسها بخلاف اليد ونحوها لانه يجوز النظر اليه ولمسه بلا شهوة (وأخته) أى وأخت المظاهر (وعمته وأمه رضاعا) أى من جهة الرضاع وهو راجع الى الكل (كأمه) نسبا حتى يصير مظاهرا بتشبيه منكوحته بواحدة منهن لان حرمتهن على التأبيد بخلاف ما لو شبهها بأخت امرأته أو عمتها أو خالتها لان حرمتهن ليست على التأبيد (و) لو قال لامرأته (رأسك) على كظهر أمى (وفرجك) على كظهر أمى (ووجهك) على كظهر أمى (ورقبتك) على كظهر أمى (ونصفك) على كظهر أمى (وثلثك) على كظهر أمى كان مظاهرا فى الكل (كأنت) على كظهر أمى لان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجميع واعراب هذا التركيب ان قوله رأسك فى محل الرفع على الابتداء والتقدير وقوله رأسك وقوله كأنت فى محل الرفع على الخبرية أى كقوله أنت على كظهر أمى (وان نوى) المظاهر (بأنت) أى بقوله أنت (على مثل أمى برا) أى كرامة (أو) نوى (ظهارا أو) نوى (طلاقا فكما نوى) أى يستفسر منه فان قال أردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام وان قال أردت الظهار فهو ظهار لانه شبهها بجميعها وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام فى الحرمة فكأنه قال انت على حرام ونوى الطلاق (والا) أى وان لم ينو شيأ (لغا) كلامه عندهما لاحتمال الحمل على الكرامة وعند محمد هو ظهار لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو فى الجملة وعن أبى يوسف مثله اذا كان فى حالة الغضب وعنه أنه يكون ايلاء ولو قال أنت على كامى فهو مثل قوله أنت على مثل أمى فى الوجوه كلها (و) ان نوى (بأنت) أى بقوله أنت (على حرام كامى ظهارا أو) نوى (طلاقا فكما نوى) لانه من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وان نوى الظهار فظهار لانه شبهها فى الحرمة بأمه فلو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها أولى وان لم يكن له نية فهو ظهار لانه لفظ محتمل فيثبت به الادنى وعند أبى يوسف هو ايلاء (و) ان نوى (بأنت) أى بقوله أنت (على حرام كظهر أمى طلاقا أو) نوى (ايلاء فظهار) أى فهو ظهار عند أبى حنيفة لانه صريح فيه فلا تعمل فيه النية وقوله حرام توكيد لمقتضى اللفظ فلا يغيره وقالا ان نوى ظهارا أو لم تكن له نية فهو ظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منها محتمل لكلامه ثم ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا عند محمد وعند أبى يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته وان نوى ايلاء ينبغى أن يكون ايلاء وظهارا باتفاقهما (ولا ظهار الا من زوجته) لتعينها فى النص فلو ظاهر من أمته لا يكون مظاهرا خلافا لمالك والنص حجة عليه ولان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار كالايلاء كان طلاقا فى الحال فاخره الشرع الى مضى أربعة أشهر (فلو نكح) رجل (امرأة بغير أمرها) أى بغير اذنها (فظاهر منها فاجازته) أى النكاح بعد ذلك (بطل) الظهار لانه صادق فى التشبيه فى ذلك الوقت فلا يجب عليه جزاء الزور وقوله لنسائه (أنتن على كظهر أمى ظهار منهن) جميعا لوجود ركنه فى كلهن وهو التشبيه وارتفاع ظهار على أنه خبر عن القول المقدر كما ذكرناه (وكفر) المظاهر

في المسئلة المذكورة (الكل) واحدة منهن فان كانت ثلاثا فثلاث كفارات وان كانت أربعا فاربع لانها لانتهاء الحرمة وهي تثبت في حق الكل فتتعدد بتعددها وعند مالك يكفيه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال والله لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة قلنا الكفارة في الايلاء لهتك حرمة اسم الله تعالى فلا تتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله عز وجل

* هذا (فصل) في بيان الكفارة (وهو) أي التكفير (تحرير رقبة) قبل الوطء وذلك لتحليله فتقدم عليه سواء كانت الرقبة ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا مسلمة أو كافرة لاطلاق النص وقال الشافعي لا تجوز الكافرة كما في قتل الخطا وبه قال مالك وأحمد قلنا الاصل أن يعمل بمقتضى كل نص اطلاقا وتقييدا ويجوز المرتد عند البعض ولا يجوز عند آخرين لانه مستحق القتل حق تجوز المرتدة بلا خلاف (ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين أو) مقطوع (ابهاميهما) أي ابهامي اليدين (او) مقطوع (الرجلين و) لم يجز (المجنون) أيضا والاصل ان فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع فيجوز الاصم والاعور ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف والخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين والمراد بالاصم الذي يسمع اذا صيح عليه فاما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة (و) لم يجز (المدبر) أيضا (وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه فكان الرق فيهما ناقصا (و) لم يجز أيضا (المكاتب الذي أدى شيأ) من مال الكتابة لانه تحرير بعوض وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز لان رقه لم ينتقص بما أدى فكان باقيا من كل وجه ولهذا يقبل الفسخ بخلاف المدبر وأم الولد (فان لم يؤد) المكاتب (شيأ) من مال الكتابة يجوز لانه تحرير من كل وجه وقال الشافعي وزفر لا يجوز لانه استحق الحرية بجهة الكتابة (أو اشترى) المظاهر (قريبه) مثل أبيه أو ابنه أو أخيه حال كونه (ناويا بالشراء الكفارة) يجوز أيضا لان الشراء علة العتق وقال زفر والثلاثة لا يجوز وهو قول أبي حنيفة أولا لان علة العتق القرابة والشراء شرطه وعلى هذا الخلاف لو وهب له أو تصدق عليه أو أوصى له به وهو ينوي به عن الكفارة (أو حرر) المظاهر (نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه) وهو النصف الآخر (عنها) أي عن الكفارة يجوز أيضا لانه أعتق رقبة كاملة بكلامين لحصل المقصود به وقوله (صح) جواب المسائل الثلاث أي صح ما فعل المظاهر في هذه المسائل (وان حرر) المظاهر (نصف عبد مشترك) بينه وبين غيره (وضمن) لشريكه (باقيه) وهو النصف الآخر لم يجز ذلك عند أبي حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وقالا يجوز لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق بجزء منه عتق كله فصار معتقا كل العبد وهو ملكه الا أنه ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزيه وان كان معسرا سعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزيه عن الكفارة فان قلت ما الفرق بينها وبين المسئلة التي قبلها قلت النقصان هنا تمكن في النصف الاخير لتعذر استدامة الرق فيه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا فلا يجزيه عنها وهنالك النقصان كذهاب البعض بسبب العتق بجعل من الاداء (أو حرر) المظاهر (نصف عبده ثم وطئ) المرأة (التي ظاهر منها ثم حرر باقيه) وهو النصف الآخر لم يجز أيضا عنده خلافا لهما وهي أيضا مبنية على الاصل المذكور وقوله (لا) جواب المسئلتين أي

لا يجوز عن الكفارة (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما) أى
فى الشهرين شهر (رمضان وأيام منهية) وهى يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق لان التتابع
منصوص عليه وهو يقدر على شهرين متواليين خاليين عن هذه الايام بخلاف ما اذا حاضت
المرأة فى صوم كفارة الافطار أو القتل حيث لا ينقطع به الترتيب لانها لا تجد بدا منه فى شهرين
بخلاف كفارة اليمين والنفاس والمرض حيث تستقبل فى هذه الاشياء لانه يمكن وجود شهرين
خاليين عن النفاس والمرض ومدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم مرتبا من غير حرج
ثم ان صام شهرين بالاهلة أجزأه وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا الكامل (فان وطئها) أى
المرأة التى ظاهر منها (فيهما) أى فى الشهرين (ليلا) أى فى الليل حال كونه (عامدا أو) وطئها
(يوما) أى فى اليوم حال كونه (ناسيا) وانما لم يقل نهارا ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى
طلوع الشمس (أو أفطر) فيهما مطلقا سواء كان بعذر أو بغير عذر (استأنف الصوم) عندهما
لانه بالافطار فات الترتيب وبالوطء تقديم الكفارة وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار
لانه يمنع التتابع وبه قال الشافعى وعند مالك وأحمد ان كان بعذر لا يستأنف (ولم يجز للعبد
الا الصوم) لانه لا مال له (وان أطعم أو أعتق عنه) أى عن العبد (سيده) أى مولاه وهو واصل
بما قبله وعند ابن القاسم المالكى لو أطعم باذن سيده جاز (فان لم يستطع) المظاهر (الصوم أطعم
ستين فقيرا كالفطرة) فى قدر الواجب يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير
لقوله عليه السلام لسلمة بن صخر البياضى أطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا
رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وعند الشافعى لكل مسكين مدا من غالب قوت
بلده وعند مالك مدا بمد هشام وهو مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم وعند أحمد من البر مدا
ومن تمر أو شعير مدين (أو) دفع (قيمته) أى قيمة المذكور وعند الثلاثة لا يجوز وقد مر الاصل
فى الزكاة ويجوز تكميل أحد النوعين بالآخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام فصار جنسا
واحدا من هذا الوجه فجاز التكميل بالاجزاء ولا يجوز بالقيمة حتى لو أدى أقل من صاع من
التمر يساوى نصف صاع من بر لا يجوز لان القيمة لا تعتبر فى المنصوص عليه فصار كما لو أدى
نصف صاع من تمر جيد يساوى صاعا من الوسط حيث لا يجوز ولا يرد على هذا ما لو أطعم خمسة
وكسا خمسة فى كفارة اليمين حيث تجوز الكسوة عن الاطعام بالقيمة والكسوة منصوص
عليها وحيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر أجزاء ولا ما لو أعتق نصف رقبة وصام شهرا
حيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر لان شرط منع اعتبار القيمة وشرط جواز التكميل
اتحاد الجنس فلم يوجد لان الكسوة غير الاطعام والاعتاق غير الصوم ولا يلزم على هذا جواز
عتق نصف رقبتين مشتركتين لان المنصوص عليه الرقبة ونصف الرقبتين ليس برقبة بخلاف
ما لو اشتركا فى أضحية شاتين حيث يجوز لان الشركة لا تمنع صحة الاضحية (فلو أمر) المظاهر
(غيره أن يطعم عنه من ظهاره) أى لاجل ظهاره (ففعل) الغير ذلك (أجزأه) وفى بعض النسخ
صح لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه ثم فى ظاهر
الرواية ليس للمامور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك
وعن أبى يوسف أنه يرجع (وتصح الاباحة فى الكفارات) وهى كفارة الظهار وكفارة الصوم

وكفارة اليمين وكفارة القتل (و) فى (الفدية) أيضا مثل أجزئة الجنايات فى الحج ونحوها (دون الصدقات والعشر) لان المنصوص فيها الايتاء وهو يقتضى التمليك بخلاف الكفارات والفدية لان المنصوص فيها الاطعام وهو حقيقة فى التمكين وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص وقال الشافعى لا تجوز الاباحة فى الكل ولا بد من التمليك لانه أدفع للحاجة (والشرط غداآن) بفتح الغين المعجمة وهو تثنية غداء (أو عشاآن) بفتح العين تثنية عشاء وقوله (مشبعان) صفة كل منهما على الانفراد (أو غداء وعشاء) فى يوم واحد لان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة و يقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتان والسحور كالغداء ولو غدى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه الا أن يعيد على أحد الستين منهم غداء أو عشاء ولا بد من الادام فى خبز الشعير والذرة بخلاف خبز البر فاذا شبعوا أجزأه قليلا أكلوا أو كثيرا لحصول المقصود ولو كان فيهم صبى فطيم لم يجزه لانه لا يستوفى كاملا وكذا لو كان بعضهم شبعان قبل الاكل (فان أعطى فقيرا) واحدا (شهرين) يعنى أطعمه ستين يوما (صح) وقال الشافعى لا يصح لان التفريق على الستين واجب بالنص ولنا أن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان اليوم الثانى كمسكين آخر (ولو) أعطى مسكينا واحدا كله (فى يوم) واحد (لا يصح الا عن يومه) ذلك لان الواجب عليه التفريق ولم يوجد كالحاج اذا رمى الجمرة بسبع حصيات بدفعة واحدة لا يجزيه الا عن واحدة واما اذا ملكه بدفعات فقيل يجوز وقيل لا يجوز الا عن يومه ذلك وهو الصحيح (ولا يستأنف) الاطعام (بوطئها) أى بوطء المظاهر التى ظاهر منها (فى خلال الاطعام) لاطلاق النص فيه فيجرى على اطلاقه ولا يحمل على المقيد فى الاعتاق والصوم بالقياس (ولو أطعم) المظاهر (عن ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاعا) بان أعطى ستين فقيرا ستين صاعا من البر (صح عن) ظهار (واحد) عندهما وقال محمد صح عنهما كما لو اختلف جنس الكفارة ولهما أن النية فى الجنس الواحد لغو لعدم الاحتياج اليها لعدم الفائدة فاذا لغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانا جنسين (و) لو اطعم ستين فقيرا كل فقير صاعا (عن) كفارة (افطار و) كفارة (ظهار صح عنهما) أى عن كفارتى افطار وظهار بالاتفاق لاختلاف الجنسين كما ذكرنا (ولو حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين) أحدهما (صح عنهما) أى عن الظهارين لاتحاد الجنس وعند الشافعى ومالك لا يصح بلا تعيين (ومثله) أى مثل حكم التحرير فى المسئلة المذكورة (الصيام) بان صام عنهما أربعة أشهر (والاطعام) بان أطعم عنهما مائة وعشرين مسكينا ولم يعين احداهما لما ذكرنا (وان حرر عنهما) أى عن ظهارين (رقبة أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) يعنى له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وعند الشافعى ومالك وزفر لا يصح عن واحد منهما (و) ان حرر (عن ظهار و) كفارة (قتل لا) يجوز بان أعتق رقبة مؤمنة عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وان كانت كافرة جاز عن الظهار استحسانا لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار وعن الشافعى له أن يجعل عن احداهما فى الفصلين والاصل فى هذا كله ان نية التعيين فى الجنس الواحد لغو وفى المختلف مفيد على

ما تقدم

ما تقدم فاذا الغا يبقى مطلق النية فله أن يعين أيهما شاء ألا ترى انه لو نوى قضاء يومين من رمضان يجزيه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر أو عن القضاء والكفارة لا يجزيه عن واحد منهما ويعرف اختلاف الجنس فى الحكم باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين بخلاف صوم رمضان لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلاجل هذا لا يحتاج الى تعيين صوم يوم السبت مثلا أو يوم الاحد حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين عن أحدهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو نوى ظهرا وصلاة جنازة لم يكن شارعا أصلا ولو نوى ظهرا ونفلا لم يكن شارعا أصلا عند محمد وعند أبى يوسف يقع عن الظهر لانه أقوى ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد وعند أبى يوسف يقع عن الاقوى ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو حجة الاسلام اتفاقا والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (اللعان) *

وهو مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والابعاد وسمى به لما فيه من لعن نفسه فى الخامسة وهى من تسمية الكل باسم البعض كالصلاة تسمى ركوعا وسجودا وفى الشرع (هى) أى اللعان والتأنيث باعتبار الملاعنة أو بالنظر الى قوله (شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن) هذا ركن اللعان وهى (قائمة مقام حد القذف فى حقه) أى فى حق الزوج ولهذا يشترط كونه مما من يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا (و) قائمة (مقام حد الزنا فى حقها) أى فى حق المرأة ولهذا لو قذفها مرارا يكفى لعان واحد كالحد وقال الشافعى هى أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة فيشترط أهلية اليمين عنده فيجرى بين المسلم وامرأته الكافرة وبين الكافر وامرأته الكافرة وبين العبد وامرأته وبه قال مالك وأحمد وعندنا يشترط أهلية الشهادة فلا يجرى الا بين المسلمين الحرين العاقلين البالغين غير محدودين فى قذف لقوله تعالى فشهادة أحدهم (فلو قذف) رجل (زوجته بالزنا) بأن قال أنت زانية أو زنيت وقيد به لانه لو قذفها بغيره لا يجب اللعان لانه قائم مقام الحد فلا يجب الا بما يجب به الحد (و) الحال أنهما (صلحا) حال كونهما (شاهدين) لان الركن فيه الشهادة والفاسق من أهل الشهادة عندنا الا أنه لا تقبل شهادته فى أكثر المواضع للتهمة وهذه الشهادة مشروعة فى موضع التهمة فلا ترد فتجرى بين الفاسق وامرأته وكذلك تجرى بين الاعمى وامرأته وان كانت عمياء لانه من أهل الشهادة هنا وان كان لا تقبل شهادته فى سائر المواضع لكونه لا يميز بين المشهود له وعليه . وهنا يقدر أن يميز بينه وبين امرأته (و) الحال أنها (هى) أى المرأة (ممن يحد قاذفها) لان اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه فلا بد من احصانها وتخصيص ذكر المرأة بهذا لاثبات عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا فكذا اللعان لانه قائم مقامه فاذا لم تكن عفيفة ليس لها أن تطالب به لفوات شرطه فلا يتصور اللعان وهذا المعنى لا يوجد فى حقه فلذلك خصت بالذكر بهذا وما قاله فى النهاية تخصيصها بهذا وان كان هذا أيضا شرط فى حق الرجل حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه وهى محصنة لا يجرى اللعان بينهما الا أنه اذا كان منها لا يجب شئ وان كان منه يجب عليه الاصل وهو حد القذف فلا يخلو عن موجب ما اذا كان منه اما الاصل

أو الحلف فكان فائدة تخصيصها عدم وجوب شئ تام مردود بل غلط فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه وهو الزانى أهل للشهادة وانما زناه فسق والفاسق أهل لها ولهذا يجرى اللعان بين الفاسقين كما ذكرناه (أو نفى) الزوج (نسب الولد) أى نفى نسب ولدها وهكذا عبارة القدورى وفى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه وهذا التقييد لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قاذفا لها كما لو نفاه عنه أجنبى فيكون موجبه اللعان وفى المحيط اذا نفى الولد بأن قال ليس بابنى ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما وهذا مخالف لعامة الكتب (وطالبته) المرأة (بموجب القذف) وهو الحد (وجب اللعان) لانه حق ثبت لها فيجب اقامته (فان أبى) أى امتنع الرجل (حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه (فان لاعن) الزوج (وجب عليها) أى على الزوجة (اللعان فان أبت) أى امتنعت (حبست حتى تلاعن أو تصدقه) أى الزوج لما ذكرنا وفى بعض نسخ مختصر القدورى أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ولا يجب بالتصديق ولو كان أربع مرات وعند الشافعى اذا امتنع الزوج من اللعان يحد وكذا المرأة اذا أبت تحد حد الزنا وهذا عجب منه لانه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا أو فاسقا أو كافرا وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب فأسقطت المرأة به الحد ههنا عن نفسها وكذا الزوج أسقط الحد به عن نفسه وأوجب الرجم الذى هو أغلظ الحدود به على المرأة وجعله شهادة فى حقه وهذا تناقض ظاهر ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله (فان لم يصلح) الزوج (شاهدا) بأن كان كافرا أو عبدا أو محدودا فى قذف وكانت هى من أهل اللعان بأن كانت صالحة للشهادة (حد) لان اللعان تعذر لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى (وان صلح) الزوج شاهدا (و) الحال أنها (هى ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت زانية (فلا حد عليه) أى على الزوج لانه صادق فى القذف (ولا لعان) لانه خلف عنه وكذا اذا كانت مجنونة أو صغيرة أو محدودة فى قذف وان كانا محدودين فى قذف حد وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وقال الشافعى يلاعن فى الكل الا اذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا أو كلاهما وقد مضى على أصله ومضينا على أصلنا ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهى أمة أو كافرة ثم أسلمت أو عتقت لا يجب الحد ولا اللعان (وصفته) أى صفة اللعان (ما نطق به النص) أى نص القرآن فى سورة النور وهى أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع شهادات يقول فى كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا يشير اليها فى كل مرة ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم تشهد المرأة أربع شهادات تقول فى كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يأتى بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا

وتقول هي انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا وانما خصت هي بالغضب لان النساء
يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به ويخفن من الغضب (فان التعنا) أي الزوجان (بانت)
المرأة (بتفريق الحاكم) عندنا وقال الشافعي اذا فرغ الزوج من لعانه تقع الفرقة قبل لعانها لان
الفرقة منه وقال زفر لا تقع الفرقة الا اذا تلاعنا جميعا فاذا تلاعنا وقعت من غير قضاء لقوله
عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا رواه أبو داود ومعناه نفي الاجتماع بينهما بعد التلاعن
فيكون تنصيصا على وقوع الفرقة بينهما بعد تلاعنهما وبه قال مالك وأحمد في رواية وعندنا
لا تقع الا بتفريق الحاكم بعد التعانهما حتى لو مات أحدهما قبل حكم الحاكم بها ورثه
الآخر لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام لاعن بين رجل وامرأته ففرق
بينهما وألحق الولد بامه رواه البخاري ومسلم ولو وقعت الفرقة لما احتيج اليه والحديث محمول
على بيان حرمة الاستمتاع دون وقوع الحرمة عملا بهما ثم التفريق تطليقة بائنة عندهما حتى
اذا أكذب نفسه جاز نكاحها وعند أبي يوسف تحريم مؤبد وبه قال زفر والثلاثة واستدلوا
بالحديث الذي رواه زفر والجواب عنه انه اذا أكذب نفسه لم يبق ملاعنا فلم يتناوله الخبر
(وان قذف) الزوج (بولد نفى) القاضي (نسبه) أي نسب الولد عن الرجل (وألحقه بامه)
لما روينا من حديث البخاري ومسلم وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان
حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفى ولا يلاعن لان نسبه كان ثابتا
على وجه لا يمكن قطعه فلا يعتبر بعده وصورة هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول
أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها فتقول أشهد بالله
انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين
وقال ابراهيم يلاعن بينهما ولا ينفى الولد ومنهم من قال بنفس اللعان ينقطع عن الاب
ويلحق بالام والحديث المذكور حجة على الفريقين (وان أكذب) الرجل (نفسه
حد) لاقراره بوجوب الحد عليه هذا اذا أكذب نفسه بعد اللعان وان أكذب قبله
فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان (وله)
أي وللزوج (أن ينكحها) أي أن يتزوجها بعدما أكذب نفسه وحد عندهما وقال أبو يوسف
ليس له ذلك وقد مر عن قريب (وكذا ان قذف) الرجل (غيرها) أي غير امرأته (فحد) لذلك
(أو زنت) المرأة (فحدت) لذلك حل له أن يتزوجها في الوجهين لانه بعد الحد لم يبق أهلا للعان
وكذا هي لو قذفت انسانا فحدت لانها لم تبق أهلا له بعده وقوله فحدت وقع اتفاقا لان زناها من
غير حد يسقط احصانها فلا حاجة الى ذكره بخلاف القذف فانه لا يسقط به الاحصان حتى
يحد وضبط بعضهم أو زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون
ذكر الحد فيه شرطا فيزول الاشكال (ولا لعان بقذف الاخرس) لان ذلك متعلق بالصريح
كحد القذف وكذلك اذا كانت هي خرساء وقال الشافعي يجب اللعان به ان كانت له اشارة
مفهومة لان اشارته كالصريح وبه قال مالك وأحمد (و) لا لعان أيضا (بنفي الحمل) بان قال ليس
حملك مني عند أبي حنيفة وزفر لان هذا تعليق القذف بالشرط كأنه قال ان كان بك حمل فهو
من الزنا وذلك ليس بقذف وقالا ان أتت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ نفاه وجب عليه اللعان

وبه قال مالك وأحمد الا أنه يشترط استبراؤها وعدم وطئها بعد النفي لانه اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا بوجوده عند النفي ولا كثر منها احتمل أن يكون حمل حادث وقال الشافعي يجب اللعان في الحال لانه عليه السلام لاعن بين هلال وبين امرأته وهي حامل والحق الولد بها قلنا كان هلال قد قذفها بالزنا لا بنفي الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه السلام هكذا ذكره الامام أحمد رحمه الله تعالى (وتلاعنا بزنيت) أي بقوله لها زنيت (وهذا الحمل منه) أي من الزنا لوجود القذف منه صريحا (ولم ينف الحمل) أي لا ينفي القاضي الحمل وقال الشافعي بنفيه لانه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها حاملا وبه قال مالك ولنا أن الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة والحديث محمول على أنه عرف الحمل بطريق الوحي (ولو نفى) الزوج (الولد) أي ولد امرأته (عند التهنئة) وهي قول الناس له عند الميلاد أقر الله عينك ونحوه (وابتياع) أي شراء (آلة الولادة) كالمهد ونحوه (صح) النفي (لا) يصح (بعده) أي بعد وجود هذه الاشياء هذا ظاهر المذهب لان تقادم العهد دليل الالتزام فلا يصح النفي بعده وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدر بسبعة أيام وعنه بثلاثة أيام وعندهما تعتبر مدة النفاس لانه زمان الولادة وقال الشافعي في أحد قوليه على الفور وفي آخر الى ثلاثة أيام (ولاعن) أي الزوج (فيهما) أي في الصورتين جميعا لوجود القذف (وان نفى) الزوج (أول التوأمين وأقر) بالتوأم (الثاني حد) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني (وان عكس) بأن أقر بالولد الاول ونفى الثاني (لاعن) لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه وعند الشافعي يحد (وثبت نسبهما) أي نسب الولدين التوأمين (فيهما) أي في الصورتين جميعا لانهما خلقا من ماء واحد فبثبوت نسب أحدهما يلزم ثبوت نسب الآخر ولو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان لزماه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (العنين)

هو فعيل بكسر العين وتشديد النون من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعرض يمينا وشمالا وهو لا يقصده وامرأة عنينة لا تشتهي الرجال وفي الشرع (هو) أي العنين (من لا يصل الى النساء) يعني لا يقدر على جماعهن لآفة أصلية أو لمرض أو ضعف أو كبر سن أو من أخذ بسحر (أو يصل الى الثيب دون الابكار) لما ذكرنا أو يصل الى غير زوجته ولا يصل اليها (وجدت) المرأة (زوجها مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين (فرق في الحال) بينهما لانه لا فائدة في تأجيله ومعناه اذا طلبت هي لان الحق لها وفيه اشارة الى أنه لو جب بعد ما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعده ولو جاءت امرأته بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلافه العنين حيث يبطل تفريقه كذا في الغاية (وأجل) الزوج (سنة لو كان (عنينا) لانه يحتمل أمره الوجوه المذكورة فيؤجل حولا لانه يعرف ذلك لاشتماله على الفصول الاربعة وتعتبر السنة القمرية في ظاهر الرواية واختاره صاحب الهداية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تعتبر السنة الشمسية احتياطا وهو اختيار السرخسي والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم

وفضل

وفضل ما بينهما عشرة أيام بالتقريب وفي المحيط يريد بالشمسية أن تعتبر بالايام لا بالأهلة فتزيد على القمرية أحد عشر يوما لان حساب العجم بالايام لا بالاهلة ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه فان حج أو غاب هو احتسب عليه بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت فان حبس وامتنعت من المجيء الى الحبس لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه والا لا وعلى هذا اذا حبس على مهرها (او) كان (خصيا) كذلك لان وصوله مرجو بقاء ذكره وقالت الظاهرية لا يؤجل ولا يفرق لحديث امرأة عبد الرحمن بن الزبير فانه عليه السلام لم يؤجله حين شكت اليه عدم تحريك آلته وانما اجماع الصحابة رضي الله عنهم على تأجيله وقال ابن عبد البر قد صح أن حديث عبد الرحمن كان بعد طلاقها فلا يكون حجة ولو كانت أمة فالى الخيار للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر الخيار لها (فان وطئ) العنين أو المجبوب في السنة فبها (والا) أي وان لم يطأها لاستمرار عجزه (بانت) المرأة (بالتفريق) أي بتفريق الزوج أو الحاكم عند أبي حنيفة لانه لما تعذر عليه الامساك بالمعروف وجب عليه التسريح بالاحسان فان فعل الزوج والا يقام القاضي مقامه دفعا للظلم وعنده هما وهو رواية عنه بانت بغير تفريق لان الشرع خيرها عند تمام الحول (ان طلبت) المرأة التفريق لان ذلك حقها ثم الفرقة طلقة بائنة عندنا وعند الشافعي وأحمد هي فسخ لانه رد بعيب قلنا انه طلاق لتعذره عن الامساك بالمعروف فوجب عليه التسريح بالاحسان وامتنع فناب القاضي منابه فكأنه طلق بنفسه وانما كانت بائنة لان المقصود دفع الظلم عنها وذا لا يحصل الا بها (فلو قال) الزوج بعد تمام المدة (وطئت وأنكرت) المرأة الوطء ينبغي أن ينظر اليها النساء فان نظرن اليها (وقلن) انما هي (بكر) على حالها (خيرت) المرأة لثبوت حقها (وان كانت ثيبا) بأن قلن هي ثيب (صدق) الزوج (بحلفه) أي بيمينه يعني القول قوله مع يمينه لان الثيابة ثبتت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوالها بشيء آخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن ثم ان حلف فهي امرأته وان نكل خيرت لان دعواها تأيدت بالنكول وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجله سنة فاذا تمت فان ادعت عدم الوصول اليها فان صدقها خيرت وان أنكر فالقول قوله مع يمينه فان حلف فهي امرأته وان نكل خيرت لما ذكرنا (وان اختارته) أي وان اختارت المرأة زوجها العنين (بطل حقها) لان المخير بين شيئين لا يكون له الا أحدهما وكذا اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي قبل أن تختار شيأ ثم ان اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها طلقة بائنة فان أبى فرق بينهما هكذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق ولو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها الخيار وان تزوج امرأة أخرى وهي عالمة بحاله ذكر في الاصل أن لا خيار لها لعلمها بالعيب وذكر الخصاف أن لها الخيار لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها (ولم يخير أحدهما) أي أحد الزوجين (بعيب في الآخر) وقال الشافعي له أن يردها بالجنون والجذام والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا وقال عليه السلام الحق باهلك حين

وجد بكشحها وضحاأو بياضا وبه قال مالك وأحمد وقال محمد ترد المرأة اذا كان بالزوج عيب فاحش كالجنون والجذام والبرص لتعذر وصولها الى حقها مع هذه العيوب فتتخير قلنا ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لاتفوته كما فى الجب والحرب الا ترى انه اذا تزوج امرأة بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء بها شق مائل ولعاب سائل وهى عمياء مقطوعة اليدين والرجلين أوشلاء لايثبت له الخيار وان فقد رضاه والحديث لم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لايعلم لكعب ولد اسمه زيد والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العدة)

هى مصدر من عد يعد يقال عددت الشئ أى أحصيته وفى الشرع (هى) أى العدة (تربص) أى انتظار مدة (يلزم المرأة) عند زوال النكاح أو شبهته (عدة) المرأة الحرة (للطلاق او للفسخ) بأن وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل خيار العتق والبلوغ وملك أحد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة (ثلاثة أقراء) ان كانت من ذوات الحيض وكان بعد الدخول بها ولم يذكر هذا القيد لان قبل الدخول لاعدة عليها وذلك لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله (أى حيض) تفسير الاقراء فعندنا القرء الحيض وبه قال أحمد فى الاصح وعند الشافعى ومالك الطهر لان الهاء تدخل فى جمع المذكر والطهر مذكر والحيض مؤنث وحقها تذكر بلفظ المذكر كما فى قوله تعالى سبع ليال وثمانية أيام فثبت ان قوله ثلاثة قروء الاطهار لا الحيض ولنا قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية فجعل الاشهر عند عدم الحيض فدل على أنه الاصل وقوله عليه السلام عدة الامة حيضتان رواه أبو داود من حديث عائشة مرفوعا والامة لاتخالف الحرة فى جنس ماتقع به العدة وانما تخالفها فى العدد وروى ذلك نصا عن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء وغيرهم رضى الله تعالى عنهم أجمعين حتى روى عن عمر رضى الله عنه انه قال بحضرة الصحابة لو قدرت ان أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت والقرء له جمعان القروء والاقراء ولفظ القرء مذكر لفظا مؤنث معنى وانما ذكره بلفظ الهاء لظاهر لفظه ولانه تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لايجوز اطلاقه على اكثر منه أو أقل وحمله على الاطهار يؤدى الى الاطلاق على الاقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وهو خلف وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى فان قلت يجوز اطلاق لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات قلت هذا فى المجرد عن العدد وأما العدد أو الجمع المقرون به فلا (او) عدة الحرة (ثلاثة اشهر ان لم تحض) لصغر أو كبر لقوله تعالى واللائى يئسن (و) العدة (للموت) اى لموت الزوج (اربعة اشهر وعشر) سواء كانت المرأة مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة قبل الدخول وبعده لقوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية وهو حجة على مالك فى الكتابية حيث أوجب الاستبراء عليها فقط ان كانت مدخولا بها ولم يوجب شيأ على غير المدخول بها (و) العدة (للامة قرآن) أى حيضتان لما روينا عن قريب هذا فى الطلاق بعد الدخول وكانت ممن تحيض (و) ان كانت ممن لاتحيض لصغر أو كبر أو كانت متوفى عنها زوجها فهى (نصف المقدر) فى حق الحرة وهو شهر ونصف فى الطلاق بعد الدخول وشهران وخمسة أيام فى الوفاة

عليه

عليه اجماع الامة ولا فرق فى ذلك بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض عند أبى حنيفة لوجود الرق فى الكل (و) العدة (للحامل وضعه) أى وضع الحمل سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت العدة عن طلاق أو وفاة أو غير ذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهو قول ابن مسعود وعمر رضى الله تعالى عنهما وقال على رضى الله عنه عدتها أبعد الاجلين لان النصوص متعارضة فبعضها يوجب تربص ثلاثة قروء وبعضها أربعة أشهر وعشرا وبعضها وضع الحمل فقلنا بوجوب الابعد احتياطا قلنا آية الحمل متأخرة فيكون غيرها منسوخا بها أو مخصوصا وقال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة أشهر وعشرا رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه (و) عدة (زوجة الفار ابعد الاجلين) من عدة الوفاة ومن عدة الطلاق عندهما وعند أبى يوسف تعتد عدة الطلاق وهو القياس لان النكاح زال به وبقى فى حق الارث حكما احتياطا لاجماع الصحابة وجه الاستحسان انه لما ورثت جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث لها الا به فكذا فى حق العدة بل أولى ولو قتل الرجل على الردة حتى ورثته امرأته فهو على الاختلاف وقيل يجب عليها عدة الطلاق بالاجماع لان النكاح لم يعتبر باقيا الى الموت لانه لو اعتبر لما ورثت اذ المسلم لا يرث الكافر بل الارث مستند الى قبيل الردة (ومن) أى الامة اذا (اعتقت فى عدة) الطلاق (الرجعى) فعدتها كعدة الحرة لان النكاح باق من كل وجه فوجب انتقال عدتها الى عدة الحرائر (لا) اذا عتقت فى عدة الطلاق (البائن و) عدة (الموت) أى موت الزوج لزوال النكاح ولم يتكامل الملك بعده والطلاق فى الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين البائن والرجعى والفرق أن البينونة ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعى فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهى تعقبه فتعتبر فيها صفته وقوله (كالحرة) فى محل الرفع على انه خبر عن قوله ومن أعتقت أى والامة التى أعتقت فى عدة الرجعى عدتها كعدة الحرة كما ذكرنا (و) عدة (من عاد دمها بعد) ما اعتدت عدة (الاشهر) وهى الآيسة اذا اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها (الحيض) أى العدة بالحيض معناه اذا رأته على العادة الجارية لان عوده مبطل للاياس لان شرط الخلفية تحقق الاياس عن الاصل وذلك بالعجز الدائم الى الموت كالفدية فى حق الشيخ الفانى وكذا اذا حبلت من زوج آخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها لانه تبين انها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحيض والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لم يتبين انها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت فى أثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل ثم ان الشيخ رحمه الله تعالى ذكر الاستئناف مطلقا وذكر فى الايضاح هذا فى الرواية التى لم يقدر للاياس مقدارا أما على الرواية التى قدر للاياس قدر اذا بلغته ثم رأت الدم لم يكن حيضا وذكر فى الغاية معزيا الى الاسبيجابى على رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا وذكر فيه على رواية التقدير للاياس اذا رأت دما بعد ذلك اختلاف المشايخ أيضا فثبت بهذا ان ما تراه من الدم بعد تبين الاياس فيه اختلاف المشايخ على الروايتين قيل يكون حيضا وتستأنف العدة ويبطل النكاح

ان تزوجت وقيل لا يكون حيضا ولا تستأنف العدة ولا يبطل النكاح وقول صاحب الهداية يقتضي انه اختار البطلان والاسبيجابي عدمه وقيل ان كان أسود أو أحمر فهو حيض وان كان اخضر أو أصفر فلا اعتبار به ثم تفسير قول من لم يقدر الاياس ظاهر وهو أن تبلغ حد لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد وأما على قول من قدره فقد اختلفوا فيه فقيل ستون سنة وقال الصفار سبعون سنة وقال بعضهم يعتبر بقراباتها وقيل بتركيب بدنها لاختلاف الطبائع باختلاف البلدان وعن أحمد خمسون في العجمية وستون في العربية وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين سنة وعند الاكثرين خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى وهو قول عائشة رضي الله عنها وسفيان الثوري وابن المبارك وابن مقاتل الرازي وبه أخذ الصدر الشهيد ونصر بن يحيى وأبو الليث رحمهم الله (و) عدة (المنكوحة نكاحا فاسدا أو الموطوأة بشبهة و) عدة (أم الولد الحيض للموت) أي لموت أزواجهن (وغيره) اى وغير الموت من تفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها أو عتق أم الولد بشرط أن لا تكن حاملات ولا آيسات لان عدتهن للتعريف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرّف في غير الحامل والآيسة فلا يختلف بين الموت وغيره فان قلت فعلى هذا ينبغي أن يكتفى بحيضة كالاستبراء لانه يحصل بها التعريف قلت النكاح الفاسد ملحق بالصحيح كما في البيع حتى يفيد الملك اذا اتصل به القبض والوطء بشبهة هو كالفاسد حتى يجب به المهر وغيره وعدة ام الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وقال الشافعي ومالك تجب العدة على أم الولد بحيضة واحدة يروى ذلك عن عائشة وابن عمر رضي الله تعالى عنهم وقال الاوزاعي عدتها في موت مولاها أربعة أشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود وضعفه واماما منافيه عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة هذا اذا لم تكن معتدة أو مزوجة فأما اذا كانت مزوجة أو معتدة فلا تجب عليها العدة بموت المولى ولا بالعتق لعدم فراش المولى معه ولو مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها ان تعتد بأربعة أشهر وعشر وان كان بين موتيهما أكثر من ذلك تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال أن المتأخر الزوج و يعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وأنه مات بعد انقضاء عدتها من الزوج وان لم يعلم ما بينهما فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر ولا يعتبر فيها الحيض (و) عدة (زوجة الصغير الحامل عند موته) أي عند موت الزوج (وضعه) أي وضع الحمل وهو ان تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته وقيل لاقل من سنتين ولا كثر من سنتين حادث اجماعا وكذا اذا ولدت لاكثر من ستة أشهر عند الجمهور وقال أبو يوسف عدتها الشهور كما في الحمل الحادث بعده وبه قالت الثلاثة ولهما اطلاق النص (و) عدة زوجة الصغير (الحامل بعده) أي بعد موت زوجها (الشهور) بلا خلاف لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا يعتبر بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان نسبه ثابت الى حولين (والنسب) أي نسب الولد (منتف فيهما) اى في الوجهين جميعا وهما الحمل الحادث بعد الموت والحادث عند الموت لاستحالته من الصغير لان النسب يعتمد الماء ولا ماء له واقامة النكاح مقام

الماء عند التصور (ولم تعتد) المرأة (بحيض طلقت فيه) أى فى الحيض يعنى اذا طلقت وهى حائض لا يعتد بتلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق لان الواجب عليها ثلاث حيض أو ثنتان بالنص فلا ينتقص عنها (وتجب عدة أخرى) بعد وجوب عدة واحدة (بوطء المعتدة بشبهة) بأن تزوجها رجل أو وجدها على فراشه وقالت النساء انها زوجتك (وتداخلتا) أى العدتان (و) الدم (المرئى) محتسب به (منهما) أى من العدتين (وتتم) المرأة العدة (الثانية ان تمت) العدة (الاولى) ولم تكمل الثانية فان كان الوطء بشبهة بعد انقضاء حيضة مثلا فحاضت حيضتين بعدها تمت عدة الاولى ووجب عليها أن تتم الثانية بحيضة ثالثة وهذا معنى التداخل وقال الشافعى لا يتداخلان سواء كانتا من جنس واحد بأن كانتا بحيض أو أشهرا ومن جنسين بأن كانت احداهما بحيض والاخرى بأشهر بل تتم الاولى ثم تشرع فى الثانية لانهما حقان واجبان فلا يتداخلان وان وجبتا من واحد بأن وطئها زوجها وهى معتدة من طلاق يتداخلان وبه قال أحمد ولنا ان العدة شرعت لتعرف براءة الرحم وهذا الغرض يحصل مع التداخل ولو كانت معتدة الوفاة فوطئت بشبهة تعتد بالاشهر ويحتسب ما تراه من الحيض فيها من العدة الثانية تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (ومبدأ العدة) أى ابتداؤها (بعد الطلاق) اذا طلقها زوجها (و) بعد (الموت) أى موت زوجها يعنى عقيب الوفاة لانهما السبب فى وجوبها فيعتبر ابتداؤها من حين وجود السبب ولو لم تعلم بالطلاق أو الموت حتى مضت مدة العدة فقد انقضت لانها أجل فلا يشترط فيه العلم لانقضائه ولو أقر بانه طلقها منذ زمان قالوا فان كذبته المرأة أو قالت لا أدرى تجب العدة من وقت الاقرار ويجب لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولا أربع سواها حتى تنقضى عدتها وان صدقته فى الاسناد ذكر فى الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختيار مشايخ بلخ أن تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بسقوطه وينبغى على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها حتى تنقضى العدة من وقت الاقرار (و) مبدؤها (فى النكاح الفاسد بعد التفريق) اى بعد تفريق القاضى بينهما (او) عقيب (العزم) أى عزم الواطئ أى قصده (على تركها) بأن يقول تركتك أو خليت سبيلك أو نحو ذلك لا بمجرد العزم وقال زفر من آخر الوطآت حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة لان المعنى الموجب للعدة فى النكاح الفاسد الوطء فاذا وجد تعلقت به العدة ولنا أن كل وطء يوجد فى النكاح الفاسد يجرى مجرى وطء واحد بدليل أنه استند الى حكم العقد فان لم توجد الفرقة أو العزم على ترك وطئها فحكمه يتوقف فلا تثبت به العدة مع جواز وجوده (وان قالت) المرأة (مضت عدتى وكذبها الزوج) بأن قال ما مضت الى الآن (فالقول لها) أى للمرأة (مع الحلف) لانها أمينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها وقد ذكرنا أدنى المدة التى تصدق فيها فى آخر باب الرجعة (ولو نكح) رجل (معتدته) بأن كان طلاقها بما دون الثلاث ثم تزوجها فى العدة (وطلقها قبل الوطء) أى قبل الدخول بها (وجب) عليه (مهر تام) أى كامل (وعدة مبتداة) أى مستقبلة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر لها نصف المهر او المتعة ولا عدة عليها الا ان العدة الاولى بطلت بالتزوج فلا تجب العدة

بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول وقال محمد لها نصف المهر أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لمعنى قاله زفر غير أن اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ولهما ان الوطء قبض وهي مقبوضة في يده بالوطء الاول لبقاء أثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده ناب القبض الاول عن القبض المستحق بالثاني كالغاصب (ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد) أي لا يجب عليها العدة اذا كانت لا تجب في معتقدهم عند أبي حنيفة وروى عنه انه لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة وعنه أنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها العدة لانها حق الزوج وان كان فيها حق الشرع ولهذا يجب على الصغيرة وله انها لو وجبت عليها حقا للشرع فلا يمكن لانها غير مخاطبة ولو كان حقا للزوج وهو لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها وعلى هذا الخلاف الحربية اذا خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وكذا اذا مات عنها زوجها الذمي والله أعلم

*(فصل) في بيان الاحداد وهو ترك الزينة والطيب وفيه لغتان أحدت احدادا فهي محدّ وحدت تحد من باب ضرب ونصر حدادا فهي حادّ وأصل الحد المنع ومنه سمي البواب حدادا (تحد) من الحدأ والاحداد كما ذكرناه (معتدة البت) أي القطع وأراد به معتدة الطلاق البائن سواء كانت حرة أو أمة وقال الشافعي في أظهر قوليه لا يجب عليها لورود النص في المتوفى عنها زوجها وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روى انه عليه السلام نهى عن المعتدة ان تختضب بالحناء رواه النسائي وهو مطلق فيتناول المطلقة (و) تحد معتدة (الموت) بلا خلاف لقوله عليه السلام المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه أحمد وأبو داود والنسائي والباء في قوله (بترك الزينة) تتعلق بقوله تحد أي الاحداد بترك التزين بالحلي بالذهب والفضة والجواهر كلها ولبس الحرير وغيره من الثياب المصبوغة (و) ترك (الطيب) بأنواعه (و) ترك (الدهن) بفتح الدال لانه مصدر من دهن يدهن وبالضم الاسم كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن ونحوها الا عند الضرورة (و) ترك (الكحل) بفتح الكاف وهو استعمال الكحل بالضم (الا بعذر) يرجع الى الكل فيجوز لها لبس الحرير لعذر الحكة والقمل واستعمال الطيب والدهن للتداوي والكحل للرمد ونحوه (و) ترك (الحناء) لانه طيب كذا في حديث أخرجه النسائي (و) ترك (لبس المعصفر) وهو الثوب المصبوغ بالعصفر (و) الثوب (المزعفر) وهو المصبوغ بالزعفران وكذا الثوب الممشق وهو الثوب المصبوغ بالمشق وهو المغرة ولا بأس بلبس المصبوغ أسود لانه لا يقصد به الزينة وذكر الحلواني ان المراد بالثياب المذكورة الجدد منها أما لو كان خلقا بحيث لا تقع به الزينة فلا بأس به وهذا (ان كانت) المرأة المعتدة (بالغة) فلا يجب على الصغيرة (مسلمة) فلا يجب على الذمية لان الحداد حق الشرع وهما ليستا من أهل الخطاب وقالت الثلاثة عليهما الحداد لاطلاق النصوص (لا) تحد (معتدة العتق) بأن أعتق أم ولده لانها ما فاتها نعمة النكاح (و) لا معتدة (النكاح الفاسد) كذلك ولا معتدة الطلاق الرجعي لقيام نعمة النكاح (ولا تخطب معتدة) أي معتدة كانت (وصح التعريض) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة

النساء وهو أن يقول انى أريد أن أتزوج أو يقول انك لجميلة أو لصالحة ونحو ذلك من الكلام الدال على ارادة التزوج بها ولا يصرح بالنكاح (ولا تخرج معتدة الطلاق) سواء كان رجعيا أو بائنا (من بيتها) بل تعتد فى المنزل الذى كان يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الطلاق لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحدود عليهن نقل ذلك عن ابن مسعود وقال ابن عباس ان تكون بذية اللسان فتؤذى أحماءها فتخرج من منزل الزوج ولو طلقها وهى زائرة وجب عليها أن ترجع الى منزلها وليس لها أن تخرج منه الا لضرورة من خوف على نفسها أو مالها ولو كان الزوج غائبا فأخذت بالكرى فلا تخرج منه ان كانت قادرة بل تدفع وترجع به على الزوج ان كان باذن الحاكم ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لغيره لانه بمنزلة السكة والصغيرة تخرج فى الطلاق البائن بخلاف الرجعى حيث لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها صيانة مائه بخلاف الصغيرة لانها لا يتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية فى هذا (ومعتدة الموت تخرج اليوم) أى فى اليوم كله (و) تخرج (بعض الليل) لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج للتكسب وأمر المعاش بالنهار وبعض الليل فيباح لها الخروج فيهما غير انها لا تبيت فى غير منزلها بخلاف المعتدة عن طلاق لان نفقتها دارة عليها حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج فى رواية للضرورة وقيل لا (وتعتدان) أى المتوفى عنها زوجها والمطلقة (فى بيت وجبت) العدة (فيه) أى فى ذلك البيت اما المطلقة فظاهر واما معتدة الوفاة فانها تعتد فيه اذا كان نصيبها من دار الميت يكفيها أو أذنوا لها بالسكنى فيه وهم كبار أو تركوها ان تسكن فيه بأجر وهى تقدر على ذلك لقوله عليه السلام لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت ان تتحول الى أهلها لاجل الرفق عندهم امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله رواه الترمذى وصححه (الا أن تخرج) معتدة الوفاة بأن تخرجها الورثة فيما اذا كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها (او ينهدم) البيت الذى كانت تسكنه فحينئذ يجوز لها الانتقال الى غيره للضرورة وكذا اذا خافت على نفسها أو مالها أو كانت فيها بأجر ولم تجد ما تؤديه جاز لها الانتقال ثم لا تخرج من البيت الذى انتقلت اليه الا بعذر لانه يأخذ حكم الاول بخلاف المطلقة حيث يكون تعيينه الى الزوج لعدم الاستبداد بالسكنى واذا طلقها بائنا وسكنت فى منزل يجعل بينها وبينه سترة حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية واكتفى بالحائل لاعتراف الزوج بالحرمة وان كان فاسقا يخاف عليها منه أو كان الموضع ضيقا لا يسعهما فلتخرج هى والاولى خروجه هو لوجوب السكنى عليها فيه وان جعل القاضى امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن (بانت) امرأة من زوجها (او مات) زوجها (عنها) حال كونهما (فى سفر و) الحال ان (بينها) أى بين المرأة (و بين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت) المرأة أى عادت (اليه) أى الى مصرها وهذا اذا كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلها الخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت والرجوع أولى (ولو) كان بينها وبين مقصدها (ثلاثة) ايام فلها الخيار ان شاءت (رجعت) الى مصرها (او مضت) الى مقصدها سواء كان (معها ولى) أى محرم (او لا) يكون (ولو) بانت أو مات عنها حال كونها

(فى مصر تعتد ثم) أى فى المصر (فتخرج) من المصر (بمحرم) عندهما الان نفس الخروج يرخص لها للضرورة وعند أبى حنيفة لا تخرج بمحرم ولا بغيره حتى تفرغ من العدة فتخرج منه بمحرم وأهل الكلا اذا انتقلوا تنتقل المعتدة معهم ان كانت تتضرر بتركها فى ذلك المكان والطلاق الرجعى فى هذا كالبائن فيما ذكر من الاحكام غير انها ليس لها أن تفارق زوجها فى مسيرة سفر لقيام الزوجية والمبانة ترجع أو تمضى مع من شاءت لارتفاع النكاح والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ثبوت النسب) *

(ومن قال ان نكحتها) أى ان نكحت فلانة (فهى طالق) فنكحها (فولدت لستة اشهر منذ) أى من حين (نكحها لزم نسبه) لانها فراشه وهو متصور وقال زفر لا يثبت وبه قال محمد أولا لان الوطء فى هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق قبله من غير مهلة ولنا وهو الاستحسان ان النسب يحتال لاثباته وقد أمكن ذلك بأن يجعل كانه تزوجها وهو مخالط لها فوافق الانزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لانه حكمه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه على ما قاله البعض فيكون العلوق مقارنا للزوال فيثبت له النسب فصار كتزوج المغربى بالمشرقية وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلى وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى والشرط أن تلد لستة أشهر من وقت التزوج من غير نقصان ولا زيادة لانها اذا جاءت به لاقل منه تبين ان العلوق كان سابقا على النكاح وان جاءت به لاكثر منه تبين انها علقت بعده (و) لزمه (مهرها) لانه لما ثبت به النسب تأكد به المهر وكان ينبغى أن يجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح وعن أبى يوسف يجب مهر ونصف النصف للطلاق قبل الدخول والمهر بالدخول وفى المنتقى ولا يكون به محصنا (ويثبت نسب ولد معتدة) الطلاق (الرجعى وان ولدته) أى الولد (لاكثر من سنتين مالم تقر بمضى العدة) لاحتمال الوطء والعلوق فى العدة لجواز كونها ممتدة الطهر (فكان) وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع فى العدة (رجعة) عليها اذا كان الميلاد (فى اكثر منهما) أى من السنتين لان الظاهر ان العلوق وقع بعد الطلاق حملا لحالها على الاحسن وهو نفى الزنا عنها والوطء فى العدة من طلاق رجعى يكون رجعة (لا) يكون رجعة اذا كان الميلاد (فى اقل منهما) أى من سنتين لانها بانت منه لانقضاء عدتها بوضع الحمل ولكن النسب ثابت أيضا لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة وكذا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب ولا يكون رجعة لانها تبين بالوضع (والبت) بالجر عطفا على قوله معتدة الرجعى أى ويثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت اذا ولدت (لاقل منهما) أى من السنتين لانه كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه (والا) أى وان لم تأت به لاقل منهما بل أتت به لاكثر (لا) يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها فى العدة وتنقضى به العدة عند أبى يوسف وعندهما يحمل على ان عدتها انقضت قبل الولادة لستة أشهر وتزوجت بغيره وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه فى تلك المدة ولا يسمع اقراره انه من الزنا فى حق الولد لانه ضرر محض فى حقه ولو ولدت توأمين أحدهما الاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالجارية اذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الاول ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد وقال محمد لا يثبت نسبهما (الا أن يدعيه) الزوج لانه التزمه ولثبوت نسبه وجه وهو

الوطء

الوطء في العدة بشبهة هكذا ذكر الشراح وفيه نظر لان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود فكيف اثبت به النسب هنا وفي النهاية أن الزوج اذا ادّعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان ثم المعتبر خروج الاكثر لاقل من سنتين وهو خروج الصدر منه ان خرج مستقيما وان كان منكوسا فسرته وهو المعتبر في انقضاء العدّة وفي حق الارث اذا مات قبل أن يخرج كله (والمراهقة) بالجر أيضا أي يثبت نسب ولد المرأة المطلقة المراهقة اذا جاءت به (لاقل من تسعة أشهر) من حين طلقها (والا) أي وان لم يكن لاقل منها بل جاءت لاكثر منها (لا) يثبت عندهما سواء كان بائنا او رجعيا وقال أبو يوسف يثبت اذا جاءت به الى سنتين كالبالغة وفي المطلقة طلاقا رجعيا يثبت نسبه الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدّة وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان ولهما أنها صغيرة ولانقضاء عدة الصغيرة جهة معينة في الشرع فينزل سكوتها عن الاقرار بانقضائها بمنزلة الاعتراف به (والموت) بالجر أيضا أي يثبت نسب ولد معتدة الموت اذا جاءت به (لاقل منهما) أي من سنتين من وقت الموت وقال زفر اذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت لانها قد اعتدت ولا يتيقن بكونها حاملا فلا يثبت بالشك ولنا احتمال كونها حاملا اذا لم تقر بانقضاء عدتها حملا للامر على الصحة (والمقرة) بالجر أيضا أي يثبت نسب ولد المقرة (بمضيها) أي بمضي العدة اذا جاءت به (لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار) لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفراق وان جاءت به لاكثر منهما لا يثبت وان كان اقل من ستة أشهر من وقت الاقرار (والا) أي وان لم تجئ به لستة أشهر من وقت الاقرار بل جاءت به لاكثر (لا) يثبت نسبه منه وقال الشافعي يثبت لان حمل أمرها على الصلاح ممكن ولنا أنها أمينة في الاخبار عما في رحمها وقد أخبرت بمضي عدتها وهو ممكن فوجب قبول خبرها ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لاحتمال التزوج بغيره (والمعتدة) بالجر أيضا أي يثبت نسب ولد المعتدة سواء كانت معتدة من طلاق بائن أو رجعي أو وفاة (ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) عند أبي حنيفة وقالا يثبت بشهادة امرأة واحدة قابلة لقيام الفراش بقيام العدة وعند الشافعي بشهادة أربع من النساء وعند مالك بامرأتين وله انها تنقضي باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضي لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة ثم قيل تقبل شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة اما أنه يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمدا أو للضرورة كما في شهود الزنا (او) يثبت نسب ولد المعتدة بشهادة القابلة مع وجود (حبل ظاهر) بالاتفاق (او اقرار من الزوج (به)) أي بالحبل (او تصديق الورثة) بالجر عطف على قوله بشهادة رجلين اى يثبت نسب ولد المعتدة عن وفاة بتصديق الورثة كلهم أو بعضهم ومعناه أن يصدقوها فيما قالت لم يشهدوا به وهذا الثبوت في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم ويثبت في حق غيرهم أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت وجه الاستحسان انهم قائمون مقام الميت فيقبل قولهم ثم اعلم أنه لا بد من شهادة القابلة لتعين الولد اجماعا في جميع هذه الصور والخلاف في ثبوت نفس الولادة بقولها فعند أبي حنيفة تثبت به في الصور

الثلاث وعندهما لا تثبت الا بشهادة القابلة وأما نسب الولد فلا يثبت بالاجماع الا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الاختلاف لا تظهر الا فى حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند ابى حنيفة بقولها ولدت لانها أمينة لاعترافه بالحبل أو لظهوره فقبل قولها وعندهما لا يقع شئ حتى تشهد قابلة نص عليه فى الايضاح والنهاية وغيرهما (والمنكوحة) بالجر أيضا أى يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به (لستة أشهر فصاعدا) أى أو أكثر من ستة اشهر من وقت التزوج وانتصابه على الحال وذو الحال محذوف تقديره فذهب صاعدا كما فى قوله اذهب راشدا وان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أو شبهة (وان سكت) الزوج ولم يعترف به وهو واصل بما قبله لان الفراش قائم والمدة تامة (وان جحد) الزوج الولادة (فبشهادة) أى فيثبت بشهادة (امرأة) واحدة تشهد (على الولادة) حتى لو نفاه الزوج لاعن به وهذا بالاجماع (فان ولدت) المرأة ولدا (ثم اختلفا) أى المرأة وزوجها (فقالت) المرأة (نكحتنى منذ ستة أشهر وادعى) الزوج (الاقل) منها (فالقول لها) أى للمرأة لها (و) (هو) أى الولد (ابنه) أى ابن الزوج بشهادة الظاهر ويجب أن تستحلف عندهما خلافا لابى حنيفة (ولو علق) الزوج (طلاقها) أى طلاق امرأته (بولادتها) بأن قال ان ولدت فأنت طالق (وشهدت امرأة) واحدة (على الولادة لم تطلق) المرأة عند أبى حنيفة لانها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وقالا تطلق لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال (وان كان) الزوج قد (اقر بالحبل) فيما اذا علق طلاقها بالولادة (طلقت بلا شهادة) يعنى تطلق بقولها ولدت من غير شهادة أحد عند أبى حنيفة لان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة وقالا يشترط شهادة القابلة لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ما ذكرنا وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا (واكثر مدة الحمل سنتان) عندنا وقال الشافعى رحمه الله أربع سنين وهو المشهور من مذهب مالك وأحمد وعن مالك خمس سنين وعنه سبع سنين وهو قول ربيعة وعن الزهرى ست سنين وعن الليث ابن سعد ثلاث سنين وعن أبى عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وتعلقوا فى ذلك بحكايات لا يثبت الحكم بها ولنا قول عائشة رضى الله عنها لا يبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال وهو على حذف المضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل ويروى ولو بفلكة مغزل أى ولو بقدر دوران فلكة مغزل (وأقلها) أى أقل مدة الحمل (ستة أشهر) بالاجماع قال تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وفصاله فى عامين فيبقى للحمل ستة أشهر روى هذا عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم (فلو نكح) رجل (أمة) لرجل (فطلقها) بائنا أو رجعيا (فاشتراها) أى الامة (فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الشراء (لزمه) الولد لانه ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء فيلزمه سواء أقر به أو نفاه (والا) اى وان لم تلد لاقل من ستة أشهر بل ولدت لاكثر منها (لا) يلزمه لانه ولد المملوكة لتأخر العلوق عن الشراء فلا يلزمه الا بالدعوة هذا اذا كان بعد الدخول وان كان قبله فان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يلزمه وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته لتمام

ستة

ستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج ولاقل منه من وقت الطلاق لان العلوق حدث في حال قيام النكاح وان كان لاقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج وكذلك اذا اشترى زوجته قبل ان يطلقها في جميع ما ذكرنا من الاحكام (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة) واحدة (بالولادة فهي) اى الامة تصير (ام ولده) لانه يثبت بدعوته والولادة تثبت بشهادة القابلة هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت قال ذلك للتيقن بوجوده في ذلك الوقت وان ولدته لاكثر منها لا يلزمه لاحتمال العلوق بعده (ومن قال لغلام هو ابني ومات) بعد ذلك (فقالت امه) أى أم الغلام (انا امرأته وهو) أى الابن (ابنه يرثانه) أى الام والابن يرثان هذا الميت لتعين النكاح الصحيح لثبوت النسب لان الشرط ههنا أن تكون المرأة معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والا فالقياس يقتضي ان لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبأمية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية (فان جهلت حريتها) أى حرية المرأة في المسئلة المذكورة (فقال وارثه) اى وارث الميت (انت ام ولد ابي فلا ميراث لها) اى للمرأة لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبي ولم يعلم اسلامها فيه أو قال كانت زوجة له وهي أمة ينبغي أن لا ترث لما قلنا وقالوا لها مهر المثل في مسئلة الكتاب لان الوارث أقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها أم ولد والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الحضانة)

هي مأخوذة من الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح وحضنا الشئ جانباه وحضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكان المربي للولد يتخذه في حضنه والى جانبه (أحق بالولد) أى بحضانته (أمه قبل الفرقة وبعدها) ما لم تتزوج بزوج آخر بالاجماع الا أن تكون مرتدة أو فاجرة ولا تجبر عليها في الصحيح لاحتمال عجزها الا أن لا يكون له ذو رحم محرم غيرها فحينئذ تجبر على حضانته كيلا يضيع بخلاف الاب حيث يجبر على أخذه اذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان نفقته واجبة عليه (ثم ام الام) اذا لم يكن له ام بأن ماتت أو تزوجت لان الولاية مستفادة من جهة الامهات فكانت مقدمة وان بعدت (ثم) بعد أم الام (أم الاب) أحق به وان علت وقال زفر الخالة مقدمة لانها من قوم الام وهي أولى وبه قال مالك في رواية وهو رواية عن محمد عن أبي حنيفة ولنا انها جدة والجدة أم لانها أصله (ثم) بعدها (الاخت لاب وأم) أحق تقديما للاشفق (ثم) بعدها الاخت (لام) احق لانها من قوم الام (ثم) بعدها الاخت (لاب) وعند الشافعي في الجديد وأحمد هي احق من الاخت لام وعند زفر هما يشتركان لانهما يستويان في الادلاء بالام وفي رواية الخالة تقدم على الاخت لاب لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة وبنات الاخت لاب وأم اولام اولى من الخالات واختلفت الروايات في بنات الاخت لاب والصحيح ان الخالة أولى منهن وبنات الاخت أولى من بنات الاخ واذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فأورعهم أولى ثم أكبرهم (ثم الخالات) بعدهن أحق (كذلك) يعني ينزلن كالاخوات فمن كانت لاب وام فهي أولى ثم لام ثم لاب والخالة أولى من بنت الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ (ثم العمات) بعدهن احق (كذلك) اى كالترتيب المذكور فمن كانت لاب وأم

فهى أولى ثم لام ثم لاب وبنات الاخ أولى من العمات ولا حق لبنات العمات والخالات فى الحضانة لانهن غير محرم (ومن نكحت) من هؤلاء المذكورات ممن لها حق فى الحضانة (غير محرمه) أى غير محرم الصغير (سقط حقها) فى الحضانة لوجود الضرر حينئذ من جهة زوج الام بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم للصغير كالجدة اذا كان زوجها الجد أو الام اذا كان زوجها عم الصغير أو الخالة اذا كان زوجها عمه أو أخاه أو عمته اذا كان زوجها خاله أو اخاه من أمه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير (ثم يعود) حق الحضانة (بالفرقة) بعد ما سقط بالتزوج لزوال المانع وكذا الولاية تزول بالجنون والارتداد ثم اذا زال تعود ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضى عدتها لقيام الزوجية (ثم العصبات) بعد هؤلاء المذكورات أحق (بترتيبهم) فى الارث يقدم الاقرب فالاقرب غير أن الصغيرة لا تدفع الى غير المحرم من الاقارب كابن العم ولا للام التى ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى ذوى الارحام عند أبى حنيفة كاخ من أم وعم من أم وخال ونحوهم لان لهم ولاية الانكاح عنده فكذا الحضانة (والام والجدة أحق به) أى بالصغير (حتى يستغنى) وفسره القدورى بقوله حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده وفسره الشيخ بقوله (وقدر) أى الاستغناء (بسبع) سنين وهو الذى قدره الخصاف اعتبارا للغالب وهو قريب من الاول بل عينه لان الولد اذا بلغ سبع سنين يستنجى وحده ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة وقدره أبو بكر الرازى بتسع سنين لانه لا يستغنى قبل ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف وعند مالك بأن يحتلم وعنه بأن يثغر وان اختلفا فى سنه فقال الاب ابن سبع وقالت الام ابن ست فان استغنى بما ذكرنا دفع اليه والا فلا وان اختلفا فى تزوجها فالقول لها وان اختلفا فى الطلاق بعد التزوج فان كان الزوج غير معين فالقول لها (و) الا فلا (والام والجدة أحق (بها) أى بالصغيرة (حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ والغسل ونحوها والام أقدر على ذلك فاذا بلغت تحتاج الى التزويج والصيانة وهو أقدر عليها واليه ولاية التزويج وعن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق وبه يفتى فى زماننا لكثرة الفساق واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى وعن مالك تمكث عند الام حتى تتزوج ويدخل بها الزوج (وغيرهما) أى غير الام والجدة (أحق بها) أى بالصغيرة (حتى تشتهى) وفى الجامع الصغير حتى تستغنى وفى الكافى اذا خلع الرجل امرأته وله منها بنت احدى عشرة سنة فضمتها اليها وتخرج من بيتها كل وقت وتترك البنت ضائعة فله أن يأخذها (ولا حق للامة وأم الولد) فى الحضانة (ما لم تعتقا) لعجزهما عن ذلك باشتغالهما بخدمة المولى فالحضانة لمولاه ان كان الصغير فى الرق ولا يفرق بينه وبين أمه ان كانا فى ملكه وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار واذا أعتقتا كان لهما حق الحضانة فى أولادهما الاحرار والمكاتبة أحق بولدها المولود فى الكتابة بخلاف المولود قبلها (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل) الولد (دينا) لانها أشفق ولكن اذا عقل دينا ينزع منها لاحتمال الضرر والمرتدة لا حق لها فى الحضانة وعند الشافعى

ومالك وأحمد فى رواية لاحق للذمية (ولاخيار للولد) عندنا بعد انتهاء الحد فى الحضانة وبه قال مالك وقال الشافعى يخير وقال أحمد اذا بلغ سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير تخيير ومن العجب أنهم لايعتبرون ايمانه وهو اختياره لربه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره أحد الابوين وهو ضرر عليه وهذا خلاف ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس له ان يضمه الى نفسه بغير اختياره الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له أن يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه وأما الجارية اذا كانت بكرا فللاب أن يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانه يخاف عليها وأما الثيب فان كانت مأمونة لايخاف عليها الفتن فليس له أن يضمها الى نفسه وان كانت مخوفا عليها فله ذلك والجد بمنزلة الاب فيه وان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله ان يضمها اذا لم يكن مفسدا وان كان مفسدا فلا يمكن من ذلك وكذا الحكم فى كل عصبة ذا رحم محرم منها وكذلك البكر اذا طعنت فى السن فان كان لها عقل ورأى وأمن عليها من الفساد فليس لغير الاب والجد أن يضمها اليه وان خيف عليها ذلك فللاخ والعم ونحوهما من العصبات أن يضمها اليه ان لم يكن مفسدا وان لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات أو كان لها عصبة مفسد فللقاضى أن ينظر فى حالها فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرا أو ثيبا والا وضعها عند امرأة أمينة ثقة تقدر على الحفظ لانه جعل ناظرا للمسلمين (ولا تسافر) امرأة (مطلقة بولدها) لما فيه من الاضرار بالولد (الا الى وطنها و) الحال أنه (قد نكحها ثم) أى فى وطنها الذى تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا وان لم يكن وطنا لها ولا التزوج واقعا فيه ليس لها أن تنقله وكذا لو كان وطنا لها ولم يقع التزوج فيه وفى الجامع الصغير ان لها النقل الى مكان العقد يعنى وان لم يكن وطنا لها والاول أصح وعند الثلاثة ليس لها السفر الى مافوق ستة عشر فرسخا ولها ذلك الى مادونه ويستثنى دار الحرب وان كان وطنا لها وقد تزوجها فيها الا ان فى ذلك اضرارا بالولد وهذا الذى ذكرنا ما اذا كان بين الموضعين تفاوت وان تقاربا بحيث يتمكن من مطالعة ولده فى يوم ويرجع الى أهله فيه قبل الليل جاز لها النقل اليه مطلقا فى دار الاسلام ولا يشترط فيه وقوع التزوج ولا كونه وطنا الا الى قرية من مصر لكونه يتخلق باخلاق أهل القرى فلا تملك ذلك الا أن يكون وطنا لها ووقع العقد فيها فى الاصح وهذا الحكم فى الام خاصة وليس لغيرها ان تنقله الا باذن الاب حتى الجدة والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (النفقة)

وهى مشتقة من النفوق الذى هو الهلاك يقال نفقت الدابة تنفق نفوقا أى ماتت ونفقت الدراهم والزاد تنفق نفقا أى نفدت وأنفق الرجل أى افتقر وذهب ماله وأنفقت الدراهم من النفقة ونفقت السلعة نفاقا بالفتح راجت وأنفق القوم نفقت سوقهم فكان للهلاك وللرواج وفيها هلاك المال ورواج الحال (تجب النفقة للزوجة) أى لاجلها سواء كانت مسلمة أو ذمية (على زوجها و) تجب (الكسوة) لها عليه أيضا (بقدر حالهما) أى بقدر حال الزوجين فان كانا موسرين كان لها نفقة الموسر وان كانا معسرين فنفقة المعسر وان كانت موسرة وهو معسر فلها فوق نفقة المعسرات وان كان بالعكس فدون نفقة الموسرات وان كان أحدهما مفرطا فى اليسار والآخر فى الاعسار يقضى عليه بنفقة الوسط وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وقوله (ولو) كانت المرأة (مانعة) واصل بما قبلها أي تجب النفقة ولو منعت (نفسها) من التسليم (للمهر) أي لاجل قبض المهر المقدم وهو الذي تعورف تقديمه في بلاد وزمان لانه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبي حنيفة وعندهما تسقط الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب (لا) تجب النفقة عليه اذا كانت المرأة (ناشزة) وهي الخارجة من بيت زوجها بغير اذنه المانعة نفسها منه بخلاف ما لو مانعته في البيت ولم تمكنه من الوطء حيث لا تسقط النفقة به لقيام الاحتباس لانها باجزاء الاحتباس ألا ترى ان من كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه أصله القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصي ولو كانا يسكنان في بيت المرأة فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا أن تكون سألته النقلة ولو كان يسكن في المغصوب فامتنعت منه فلها النفقة ولو عادت الناشزة الى بيت زوجها فلها النفقة (وصغيرة) بالنصب عطف على ناشزة أي لا تجب النفقة ايضا اذا كانت المرأة صغيرة (لا توطأ) يعني لا يستمتع بمثلها سواء كانت في منزله أو لم تكن وقال الشافعي لها النفقة كالحائض والنفساء والمريضة والرتقاء والعجوز التي لا يجامع مثلها ولنا امتناع الاستمتاع بها الذي هو المقصود بالنكاح فصارت كالناشزة بخلاف المستشهد به من المسائل لان الانتفاع بهن حاصل في الجملة من حيث الدواعي بأن يجامعهن فيما دون الفرج أو من حيث حفظ البيت والمؤانسة وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستئناس فنقلها الى بيته فليس له أن يردها وتستحق عليه النفقة وقيل ان الصغيرة اذا كانت مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب لها النفقة واختلفوا في حده فقيل بنت تسع سنين والصحيح انه غير مقدر بالسنين وانما العبرة للاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة تحتمل الجماع وان كانت صغيرة السن واذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهي كبيرة تجب لها النفقة في ماله لان العجز من قبله كالمجبوب والعنين وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها كالمجبوب أو العنين تحته صغيرة (ومحبوسة) بالنصب أيضا أي ولا تجب النفقة أيضا اذا كانت المرأة محبوسة (بدين) لان الامتناع من قبلها وذكر الكرخي ان كان حبسها قبل النقلة فان كانت تقدر أن تخلي بينها وبينه في الحبس فلها النفقة والا فلا ولو كان بعد النقلة لم تبطل (ومغصوبة) بالنصب أيضا أي ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة مغصوبة بأن غصبها رجل لفوات الاستمتاع وعن أبي يوسف أنها تستحق (وحاجة) بالنصب أيضا أي ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة حاجة (مع غير الزوج) لما ذكرنا وعند أبي يوسف لها النفقة اذا حجت بعد تسليم نفسها لكن تجب نفقة الحضر دون السفر ولو كان زوجها معها تجب بلا خلاف لكن نفقة الاقامة ولا يجب عليه الكراء (ومريضة) بالنصب أيضا أي ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة مريضة (لم تزف) الى منزل الزوج لما ذكرنا وقالت الثلاثة تجب كالتي زفت ولو مرضت بعد الزفاف تجب روى ذلك عن أبي يوسف وقيل ان أمكن الاستمتاع بها بوجه فعليه نفقتها والا لا وعن أبي يوسف ينفق عليها الا اذا تطاول بها المرض (ولخادمها) عطف على قوله للزوجة أي تجب على الزوج النفقة لخادمها أي لخادم المرأة (لو) كان الزوج (موسرا) لانه لا بد لها من

خادم يقوم بخدمتها وتهيئ أمور بيتها حتى تتفرغ لحاجته هذا اذا كان مملوكا لها وان كان
غير مملوك لها لا يستحق النفقة له فى ظاهر الرواية كالقاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة
الخادم من بيت المال ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه الا برضاها وهذا اذا كانت حرة وان
كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم وقيل اذا كانت من الارذال لا تستحق الخادم وان
كانت حرة ولا تفرض لاكثر من خادم واحد عندهما وعند أبى يوسف يفرض لخادمين أحدهما
لمصالح داخل البيت والآخر لمصالح خارجه وعن أبى يوسف اذا كانت فائقة فى الغنى وزفت
اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ولو كان الزوج
معسرا لا تجب عليه نفقة خادمها وان كان لها خادم فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة خلافا
لمحمد ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فالقول قوله الا أن تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل
(ولا تفرق) المرأة من زوجها (بعجزه) أى بسبب عجز الزوج (عن النفقة) وقال الشافعى يفرق
بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقيل من
أعول يا رسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول أطعمنى أو فارقنى جاريتك تقول أطعمنى
واستعملنى ولدك يقول الى من تتركنى رواه البخارى ومسلم وروى الدارقطنى عن أبى هريرة
رضى الله عنه فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة ولان فى التفريق ابطال الملك على الزوج وفى الامر بالاستدانة تأخير حقها
وهو أهون من الابطال فكان أولى وليس فى حديث أبى هريرة حجة لانهم قالوا له سمعت هذا من
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة رواه البخارى كذلك عنه فى
صحيحه ولانه ليس عنه الا حكاية قول المرأة أطعمنى أو فارقنى وليس فيه دلالة على أن الفراق
واجب عليه اذا طلبت ذلك وكذا الحديث الثانى ليس بحجة لان فى طريقه عبد الباقى بن قانع
وقال البرقانى فى حديثه نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره (وتؤمر) المرأة
(بالاستدانة عليه) أى على الزوج ومعنى الاستدانة ان تشترى بالدين ليقضى الثمن من مال
الزوج هكذا ذكر الخصاف وفائدة الامر بالاستدانة مع فرض النفقة ان يمكنها احالة الغريم على
الزوج فيطالبه به بخلاف ما اذا كان بغير أمره حيث تطالب هى ثم ترجع هى على الزوج ولا تحيل
عليه الغريم لعدم ولايتها عليه وفى الاختيار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها
ابن من غيره موسرا وأخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها
ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف فتبين بهذا
ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على كل من كانت تجب عليه نفقتها
لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على انفاقهم تجب نفقتهم على من تجب
عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب اذا أيسر بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث
لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت (وتتم نفقة اليسار بطروه)
أى بعروضه وحدوثه وذلك بعد ان كان ينفق عليها نفقة المعسر لاعساره ثم أيسر (وان) كان
القاضى قد (قضى بنفقة الاعسار) لان القضاء به كان لعذر الاعسار وقد زال العذر فبطل ذلك
كالمكفر بالصوم اذا وجد فيه رقبة بطل صومه وقال الشارح هذه المسئلة تستقيم على قول

الكرخي حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة أصلا وهو ظاهر الرواية ولا تستقيم على ماذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ماذكره هو قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي قلت بل يستقيم على قول الخصاف أيضا لان المعتبر على قوله عند اعسار أحدهما النفقة المتوسطة فبعد يساره تتم نفقة الموسرين فيصح على قوله أيضا فلا نسلم التناقض ولا نوعه ولئن سلمنا ماذكره فالتناقض من أين وهل يصدق عليه حد التناقض فلم لا يجوز أن يكون اختار هنا قول الكرخي رحمه الله (ولا تجب نفقة مضت) في مدة لم ينفق عليها الزوج فيها (الا بالقضاء) بأن كان القاضي قد فرض لها النفقة (أو الرضا) بأن صالحت الزوج على مقدارها فحينئذ يقضى لها بنفقة ما مضى لانها صلة فلا تملك الا بالقبض كرزق القاضي وقال الشافعي تصير دينا بلا قضاء ولا رضا كالمهر وبه قال مالك وأحمد وفي الذخيرة نفقة مادون الشهر لا تسقط (وبموت أحدهما) أي أحد الزوجين (تسقط) النفقة (المقضية) بها لانها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق هذا اذا لم يأمرها بالاستدانة وان أمرها القاضي بالاستدانة لم تسقط بالموت هو الصحيح وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح وعند الثلاثة لا تسقط مطلقا (ولا ترد) النفقة (المعجلة) بموت أحدهما بأن أسلفها نفقة سنة مثلا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك وقال محمد يحتسب لها بنفقة مامضى ومابقي يسترد منها وبه قال الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها أخذت عوضا عما تستحق عليه بالاحتباس فتبين أن لا استحقاق لها عليه فترده ولنا انها صلة اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت (ويباع القن) أي المملوك (في نفقة زوجته) اذا تزوجها باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فتعلق برقبته كدين التجارة بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم تجب النفقة فيه ولو دخل بها لا يباع أيضا في المهر لان وجوب المهر لم يظهر في حق المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب بعد الحرية وللمولى أن يفديه ولو مات سقط وكذا اذا قتل على الصحيح وقيل لا يسقط ولو اجتمع عليه نفقة أخرى بعدما بيع مرة بيع ثانيا وكذا ثالثا الى مالا يتناهى وليس من الديون ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة وغيره من الديون يباع فيه مرة واحدة فان أوفى الغرماء والا طولب به بعد الحرية ولا يباع المكاتب والمدبر وولد أم الولد بالنفقة الا المكاتب عند العجز (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) وهي ان يخلي بينها وبين زوجها ولا يستخدمها لان الاحتباس لا يتحقق الا بها وان استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها ولا فرق فيه بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا أو مكاتبا أو مدبرا ولو بوأها بعد الطلاق ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر وان زوج أمته من عبده فنفقتها على المولى بوأها منزلا أو لا (والسكنى) عطف على قوله تجب النفقة والكسوة أي وتجب السكنى أيضا لها عليه (في بيت خال) يعني ليس فيه أحد (عن أهله) أي عن أهل الزوج (و) عن (أهلها) أي أهل الزوجة الا أن يختارا ذلك لان السكنى معهم ضرر فلو أسكن معها أمته ليس لها أن تمتنع من ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام فلا يستغني عنها ولو أخلى لها بيتا من دار وجعل لها مرافق وغلقا على حدة كفاها لحصول المقصود بذلك فان اشتكت من الزوج الايذاء بسوء العشرة فان علم القاضي بذلك أو أخبره عدول نهاه عن ذلك ومنعه وفي الغاية وعليه أن يسكنها عند جيران

صالحين

صالحين (ولهم) أى لاهلها (النظر) اليها (والكلام معها) أى وقت شاؤا ولا يمنعهم من ذلك ولكن له أن يمنعهم من المكث عندها وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما من المحارم فى كل عام هو الصحيح وقدره محمد بن مقاتل الرازى شهر فى المحارم (وفرض) على صيغة المجهول اى فرض الانفاق اى القاضى يفرض النفقة (لزوجة الغائب وطفله) اى أولاده الصغار (وابويه) اى أبوى الغائب (فى مال) كائن (له) اى للغائب (عند من) اى شخص (يقر به) اى بالمال اى يعترف ان هذا المال للغائب (و) يعترف أيضا (بالزوجية) بأن يقول أعلم أنها امرأة فلان الغائب وكذا ينبغى أن يعترف بالنسب فى حق الاطفال وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به وقال زفر لا يدفع اليها من الوديعة وتؤمر بالاستدانة عليه لان المودع ليس بمأمور بذلك ولنا انه اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد أقر لهم بحق الاخذ وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة او دينا فى الذمة واقر بالمال والزوجية والنسب او علم القاضى بذلك وان علم احدهما اما النسب والزوجية او المال يحتاج الى الاقرار بما ليس بمعلوم عنده وهو الصحيح هذا كله اذا كان المال من جنس حقهم اى من النقود او الطعام أو الكسوة اما اذا كان من خلافه فلا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى القضاء بالقيمة او الى البيع وكل ذلك لا يجوز على الغائب والتبر بمنزلة الدراهم فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب (ويؤخذ كفيل منها) أى من المرأة احتياطا لجواز انه قد كان عجل لها النفقة أو كانت ناشزة أو مطلقة قد انقضت عدتها او تحلف بالله مع التكفيل احتياطا ولا يقضى بنفقة فى مال الغائب الا لهؤلاء لان القضاء على الغائب لا يجوز ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فيكون القضاء اعانة وفتوى من القاضى ولو لم يقر الذى فى يده المال بذلك ولم يعلم القاضى فأرادت المرأة اثبات المال أو الزوجية أو مجموعهما بالبينة ليقضى لها فى مال الغائب أو لتؤمر بالاستدانة لا يقضى لها بذلك لانه قضاء على الغائب وقال زفر تسمع بينتها ولا يقضى بالنكاح وتعطى النفقة من مال الزوج ان كان له مال ولا تؤمر بالاستدانة وبه قالت الثلاثة وعليه عمل القضاة اليوم وبه يفتى (و) تجب النفقة أيضا (لمعتدة الطلاق) سواء كان بائنا أو رجعيا وقال الشافعى لا نفقة للمبانة الا أن تكون حاملا لما روى ان فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلاثا ولم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه الجماعة الا البخارى وعن الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن النبى عليه الصلاة والسلام فى المطلقة ثلاثا قال ليس لها نفقة ولا سكنى رواه أحمد ومسلم وفى رواية مسلم انه عليه الصلاة والسلاة قال لا نفقة لها الا أن تكون حاملا الحديث وبه قال مالك وأحمد ولنا قول عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا عليه الصلاة والسلام لقول امرأة لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت رواه مسلم وفيما روى الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وحديث فاطمة لا يجوز الاحتجاج به من وجوه الاول ان كبار الصحابة رضى الله عنهم انكروا عليها كعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت واسامة بن زيد وعائشة رضى الله عنهم حتى قالت لفاطمة فيما رواه البخارى الا تتقى الله وروى أنها قالت لها الا خير لك فيه ومثل هذا الكلام لا يقال الا لمن ارتكب بدعة محرمة وفى صحيح مسلم لما حدث الشعبى عنها بهذا الحديث أخذ الاسود بن يزيد كفا من

حصا وحصب به الشعبي وقال له ويلك أتحدث بمثل هذا وقال أبو سلمة أنكر الناس عليها فصار منكرا فلا يجوز الاحتجاج به والثاني انه مضطرب فانه جاء طلقها البتة وهو غائب وجاء مات عنها وجاء حين قتل زوجها وجاء طلقها أبو عمرو بن حفص وجاء طلقها أبو حفص بن المغيرة والثالث ان نفقتها سقطت بتطويل لسانها على احمائها فلعلها أخرجت لذلك قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وهو أن تفحش على أهل الرجل فتؤذيهم قاله ابن عباس ذكره السفاقسي في شرح البخاري وفي مصحف أبي الا أن تفحش عليكم وعن سعيد ابن المسيب لفاطمة تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة وعن عائشة بمعناه فعلم بذلك أنما لم يفرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجل ذلك لانها تكون به ناشزة وشرط وجوب النفقة أن تكون محبوسة في بيته والشافعي احتج به ثم ترك العمل به في حق السكنى ولان هذا حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به (لا) تجب النفقة لمعتدة (الموت) لان الاحتباس هنا لحق الشرع ولهذا يستوي فيه المدخول بها وغيرها (و) لا تجب أيضا المعتدة (المعصية) بأن وقعت الفرقة بينهما بمعصية من جهتها كالردة وتقبيل ابن الزوج لان التقصير من جهتها فصارت كالناشزة بل أبعد بخلاف المهر اذا كانت الردة ونحوها بعد الدخول حيث يجب لتأكده به (وردتها) أي ردة المرأة (بعد البت) أي بعد الطلاق الثلاث أو الواحدة البائنة (تسقط نفقتها لا) يسقط نفقتها (تمكين المرأة (ابنه) أي ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث أو الواحدة البائنة والفرق ان الحرمة تثبت بالطلاق البائن ولا تأثير للردة فيها ولا للتمكين غير ان المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فافترقا حتى لو أسلمت المرأة وعادت الى منزل الزوج وجبت لها النفقة كالناشزة اذا رجعت بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة بأن ارتدت قبل الطلاق حيث لا يجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الى منزله ولو لحقت بدار الحرب مرتدة ثم عادت مسلمة فلا نفقة لها كيفما كان لسقوط العدة باللحاق حكما لتباين الدارين (و) تجب النفقة والكسوة أيضا عليه (لطفله الفقير) يعني أولاده الصغار الفقراء لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن والمولود له هو الاب فأوجب عليه رزق النساء لاجل الاولاد فلان يجب عليه نفقة الاولاد بالطريق الاولى (ولا تجبر أمه) أي أم الطفل (لترضع) الطفل لان الارضاع نفقة له فلا تجب الا على الاب وربما تعجز عن ارضاعه فامتناعها دليل عليه لانها لا تمتنع عن ارضاعه مع القدرة غالبا وهو كالمتحقق فالزامها بعد ذلك يكون اضرارا وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها وتؤمر ديانة ولا يجبرها القاضي عليه وذكر الخصاف ان الاب اذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه وتجعل الاجرة دينا عليه كما في نفقته ويحمل هذا القول على ما اذا طلقها وانقضت عدتها وقال مالك تجبر الام على ارضاعه اذا لم تكن شريفة واذا لم يأخذ الولد ثدي غيرها تجبر عليه بالاتفاق (ويستأجر) الاب (من ترضعه) أي الطفل الصغير وتكون المرضعة (عندها) أي عند الام ولا يجب عليها المكث عند الام اذا لم يشترط ذلك عليها بل ترضعه وترجع الى منزلها أو تحمل الصبي معها الى البيت أو ترضعه في فناء الدار ثم تدخل به الدار الى أمه (لا) يستأجر (أمه) أي أم الطفل (لو) كانت (منكوحة او) كانت (معتدة) من طلاق لان الارضاع مستحق عليها ديانة فلا يجوز أخذ الاجر عليه وقيل اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز استئجارها لزوال النكاح ولو استأجر منكوحته

لترضع

لترضع ولده من غيرها جاز (وهي) أي الام (أحق) بارضاع الولد بالاجرة (بعدها) أي بعد العدة (مالم تطلب زيادة) على أجرة الاجنبية لانها أشفق وانظر فان رضيت الاجنبية ان ترضعه بغير أجر أو بدون أجر المثل والام بأجر المثل فالاجنبية أولى دفعا للضرر عنه (و) تجب النفقة والكسوة أيضا عليه (لابويه وأجداده) وان علوا (وجداته) وان سفلن (لو) كانوا (فقراء) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين والجد مثل الاب والجدة مثل الام ولهذا يقومان مقامهما في الارث وغيره وشرط الفقر لتحقق الحاجة بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب مع الغنى لانها تجب لاجل الحبس كرزق القاضي (ولا نفقة مع اختلاف الدين) وفي بعض النسخ ولا تجب أي النفقة مع اختلاف الدين (الا بالزوجية) لانها باعتبار الحبس كما ذكرنا (و) قرابة (الولاد) مثل الاولاد الصغار والآباء والامهات لانه جزؤه فلا يمتنع بالكفر كنفقة نفسه الا أنه لا يجبر على انفاق أبويه الحربيين ولا يجبر الحربي على انفاق أبيه المسلم أو الذمي وان لم يكن قرابة ولاد كالاخ والعم ونحوهما لا تجب نفقته مع اختلاف الدين لانه يتعلق بالقرابة ومع اتحاد الدين آكد (ولا يشارك) فعل مضارع وقوله (الاب) مفعوله (والولد) عطف عليه وقوله (في نفقة ولده) يرجع الى الاب وقوله (وأبويه) يرجع الى الولد أي وفي نفقة أبويه وقوله (أحد) بالرفع فاعل ولا يشارك اما أنه لا يشارك الاب أحد في النفقة على طفله فلما تلونا وذكرنا من المعنى وروى الخصاف والحسن ان الولد البالغ تجب نفقته على الابوين أثلاثا باعتبار الارث بخلاف الولد الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده وأما أنه لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد فلان لهما تأويلا في مال الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما في مال غيره وتجب على الذكور والاناث على السواء في الصحيح وقيل على قدر الارث وهو قول الشافعي وأحمد أيضا (و) تجب النفقة أيضا (للقريب محرم) يعني لذي رحم محرم (فقير عاجز عن الكسب) لصغره أو لانوثته أو لعمى أو لزمانة لتحقق العجز بهذه الاعذار وانما تجب (بقدر الارث) لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فجعل العلة هي الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وهي مشهورة فجاز التقييد بها ويجبر على ذلك لانه حق مستحق عليه وقال الشافعي لا تجب النفقة الا لقرابة الولاد لانه لا بعضية بينهم فلا تجب كنفقة بني الاعمام وبه قال مالك وعن أحمد تجب لقريب وارث ولنا ما قلنا وانما تجب نفقة ذي الرحم المحرم على الشخص (لو) كان (موسرا) لانه اذا كان معسرا فهو عاجز ولا تجب هذه النفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة وأولاده الصغار فان العجز فيه غير مانع وقيل اذا كان فقيرا زمنا أو أعمى أو نحوه تجب نفقة أولاده في بيت المال كنفقته وان كان كبيرا لا تجب عليه النفقة الا اذا كان موسرا والابن فقير زمن أو نحوه أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك وذكر الخصاف ان نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه وهنا قيد آخر لم ينبه عليه الشيخ وهو أن يكون ذو الرحم المحرم مسلما لان اختلاف الدين يمنع هنا بخلاف قرابة الولاد والزوجية ثم اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم وقالوا الفتوى على الاول (وصح بيع) الاب (عرض ابنه) الغائب اذا كان فقيرا لاجل النفقة (لا)

يصح بيع (عقاره لنفقته) أى لاجل نفقته أى الاب وهو يرجع الى الصورتين جميعا وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة لان له تملك مال الابن عند الحاجة و بيع المنقول من باب الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه وقالا وهو القياس لا يجوز له ذلك كما فى بيع العقار وأجمعوا ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير كذا فى شرح الطحاوى (ولو أنفق مودعه) بفتح الدال أى مودع الرجل الغائب (على أبويه) أى على أبوى الغائب (بلا أمر) القاضى (ضمن) المودع لتصرفه فى مال غيره من غير ولاية ولا نيابة بخلاف ما اذا أمره القاضى لانه ملزم لولايته عليه ثم اذا ضمن لا يرجع عليهما به وفى النوادر اذا لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا وعلى هذا لو مات بعض الرفقة فى السفر فباعوا قماشه وعدته فجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة أو أغمى عليه فانفقوا من ماله لم يضمنوا استحسانا (ولو أنفقا) أى الابوان (ما عندهما) من المال لابنه الغائب على أنفسهما وكان من جنس النفقة (لا) يضمنان لان نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما (فلو قضى) القاضى (بنفقة الولاد) وهو الابوان والاولاد (و) نفقة (القريب) المحرم (و) الحال أنه قد (مضت) عليه (مدة سقطت) أى النفقة لان وجوبها باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضى بخلاف نفقة الزوجة لانها للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها وعلى هذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة تفرض لذوى الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق الحاجة ولا يفرض للزوجة شئ لعدم اعتبار الحاجة فى حقها وبعكسه لو بقيت النفقة المفروضة فى يده بعد المدة يفرض للزوجات ولا يفرض لذوى الارحام وعلى هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة تسترد فى الزوجات عند محمد دون الاقارب وفى الحاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره (الا أن يأذن القاضى) لذوى قرابة الولاد أو القريب المحرم (بالاستدانة) فحينئذ لا تسقط بمضى المدة لان للقاضى ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب (و) تجب النفقة عليه أيضا (لمملوكه) لقوله عليه الصلاة والسلام هم اخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم متفق عليه (فان أبى) أى فان امتنع المولى عن الانفاق على مملوكه (ففى كسبه) أى فنفقته فى كسب المملوك ان كان له كسب لان فيه نظرا لهما (والا) أى والا يكن له كسب بأن كان زمنا أو أعمى أو جارية لا يؤجر مثلها (أمر ببيعه) لانه من أهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة حيث لا يفرق بينهما لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استدينى عليه كما ذكرناه بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على الانفاق ولا على بيعها لكنه يفتى فيما بينه و بين الله تعالى أن ينفق عليها أو يبيع وعن أبى يوسف أنه يجبر على الانفاق عليها وبه قالت الثلاثة ولو كانت الدابة مشتركة فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضى يقول للآبى اما أن تبيع نصيبك منها أو تنفق عليها هكذا ذكره الخصاف وفى المحيط يجبر صاحبه والمدبر وأم الولد ان أبى مولاهما من الانفاق عليهما اكتسبا وأكلا من كسبهما وان لم يكن لهما كسب أجبر المولى على الانفاق عليهما لانهما لا يقبلان النقل بالبيع وغيره بخلاف

المكاتب حيث لا يؤمر في حقه بشيء لانه كالحر لانه خارج عن ملك المولى يدا وهل للعبد أن يتناول من مال المولى اذا امتنع من الانفاق عليه ينظر ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك الا اذا نهاه عن الكسب وان كان عاجزا عن الكسب فله ذلك والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الاعتاق)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان الطلاق تخليص الشخص من ذل رق المتعة والاعتاق تخليص الشخص من ذل ملك الرقبة والعتق والعتاق لغة قوة مطلقا من عتق الطائر اذا قوى على جناحيه فطار وشرعا (هو) أي الاعتاق (اثبات القوة الشرعية للمملوك) لانه يصير به قادرا على التصرفات الشرعية مثل الولايات والشهادات هذا التفسير هو مذهبهما لان الاعتاق عندهما هو اثبات العتق وعند أبي حنيفة الاعتاق اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده خلافا لهما على ما يجيء ان شاء الله تعالى والحرية عبارة عن الخلوص لغة يقال أرض حرة لا خراج فيها وشرعا عبارة عن خلوص حكمي يظهر في حق الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف يسمى اعتاقا وتحريرا والرق ضعف شرعي يثبت في المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعية ويسلبه أهلية ثبوت القضاء والشهادة والسلطنة والتزويج (ويصح) أي الاعتاق (من حر) فلا يصح من عبد لانه لا ملك له (مكلف) أي عاقل بالغ فلا يصح من صبي ومجنون لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الولي عليهما فلو أضافه الى تلك الحالة بأن قال أعتقته وأنا صبي أو مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا اذا قال في حال صباه أو جنونه اذا بلغت أو افقت فهو حر لم ينعقد لان قوله غير ملزم و يصح حال كونه (لمملوكه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والباء في قوله (بأنت) يتعلق بقوله يصح أشار بهذا الى أن شرطه أن يكون مضافا الى الجملة كقوله أنت (حر) أو يكون مضافا الى ما يعبر به عن الجملة وهو معنى قوله (أو ما يعبر به عن البدن) يعني عن الجملة كقوله رأسك حر ووجهك حر ولا يعتق بقوله يدك حر أو رجلك حر لانه لا يعبر به عن الجملة وعن أبي يوسف اذا قال لامته فرجك حر عتقت ولو قال لعبده لا يعتق لان الفرج يعبر به عن الكل في المرأة دون الرجل (و) يصح أيضا بقوله أنت (عتيق و) أنت (معتق و) أنت (محرر وحررتك وأعتقتك) لان هذه الالفاظ صريح فيه لاختصاص استعمالها فيه أو لغلبته فلهذا لا يحتاج فيها الى النية وأشار اليه بقوله (نواه) أي نوى الشخص بهذه الالفاظ العتق (أو لا) ينوى فلو قال أردت به الاخبار الباطل أو انه حر من العمل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق ديانة لانه محتمل كلامه (و) يصح أيضا بقوله لعبده (لا ملك) لي عليك (ولا رق) لي عليك (ولا سبيل لي عليك ان نوى) بهذه الالفاظ العتق لانها كنايات فلا يتعين المراد الا بالنية وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد يقع بلا نية (و) يعتق أيضا بقوله لعبده (هذا ابني) اذا كان المولى أكبر منه ويولد مثله لمثله ولم يكن ثابت النسب من غيره فبهذه الشروط الثلاثة يعتق عند أبي حنيفة لانه أمكن حمل كلامه على التحرير بطريق المجاز لان البنوة سبب الحرية فيحمل عليه تصحيحا للكلام كما لو كان العبد صغيرا وقالا لا يعتق لانه أقر بما يستحيل كونه فيلغو وبه قالت الثلاثة ولو قال لصبي صغير هذا جدي فقيل هو على الاختلاف

وقيل لا يعتق اجماعا ولو قال لعبده هذه ابنتي قيل هو على الاختلاف وقيل لا يعتق اجماعا (أو) قال لعبده هذا (أبي أو) قال لامته هذه (أمي) يعتق أيضا لان ولاية الدعوة له لقيام ملكه فيثبت به نسبه اذا كان لمثله أو لمثلها يولد لذلك واذا ثبت عتق عليه (و) كذا يعتق أيضا بقوله لعبده (هذا مولاي) لان حقيقة كلامه أن يكون له ولاء عليه فتعين المولى الاسفل فيعتق عليه وقال زفر لا يعتق لانه يراد به الاكرام عادة وبه قالت الثلاثة (أو) قال لعبده (يا مولاي) عتق أيضا لما ذكرنا (أو) قال لعبده (يا حر أو) قال (يا عتيق) عتق لانه صريح فيه فلا يحتاج الى النية الا اذا كان هذا اللفظ علما للعبد فناداه به لا يعتق لانه ليس مراده الا استحضاره بالاسم الدال على الذات دون ملاحظة الوصف (لا) يصح العتق (بيا ابني) أي بقوله لعبده يا ابني (و) قوله (يا أخي) لان هذا اللفظ يستعمل على وجه الاكرام فلا يقع به العتق وكذا قوله يا ابن أو يا بني أو يا بنية لانه لم يضفه الى نفسه (و) كذا لا يعتق بقوله (لا سلطان لي عليك) سواء نوى أو لم ينو لان السلطان عبارة عن اليد ونفيها لا يستلزم نفي الملك وعند الثلاثة يقع بالنية وهي رواية عنا (و) كذا لا يعتق بمثل (ألفاظ الطلاق) نحو قوله طلقتك أو أنت مطلق أو قال لامته انت مطلقة او قال أنت بائن وقال الشافعي وأحمد يقع بألفاظ الطلاق اذا نوى العتق قلنا لان هذه الالفاظ وضعت لازالة أدنى الملكين وهو ملك النكاح فلا يكون مزيلا لاعلاهما وهو ملك اليمين وكذا الخلاف في سائر كنايات الطلاق (و) كذا لا يعتق بقوله لعبده (أنت مثل الحر) لانه أثبت المماثلة بينهما وهي قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك (وعتق) العبد (بما أنت الا حر) أي بقوله لعبده ما أنت الا حر بالحصر لان فيه اثبات الحرية بأبلغ الوجوه (وبملك قريب) بالاضافة عطف على قوله بأنت حر أي ويقع العتق أيضا بملك الرجل لقريب له (محرم) واراد به ذا الرحم المحرم وهو كل شخصين يدليان الى أصل واحد بغير واسطة كالاخوين أو أحدهما بواسطة والآخر بغير واسطة كالعم وابن الاخ وعند الشافعي لا يعتق الا في قرابة الولاد وذلك مثل الوالدين والمولودين وعند مالك يعتق فيه وفي قرابة الاخوة والاخوات فقط ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه أبو داود وغيره وروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولا يعتق ذو رحم غير محرم كبني الاعمام والاخوال وبني العمات والخالات ولا محرم غير رحم كالمحرمات الصهرية والرضاع اجماعا وقوله (ولو كان المالك) قريبه (صبيا أو مجنونا) واصل بما قبله يعني يعتق بتملك قريبه اذا كان رحما له ولو كان صبيا أو مجنونا لاطلاق ما روينا ولا فرق في ذلك بين أن يكون صغيرا أو كبيرا مسلما كان أو كافرا في دار الاسلام ولو ملك الحربي قريبه في دار الحرب لم يعتق عندهما خلافا لابي يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لا يعتق وكذا لو أعتق الحربي أو المسلم عبدا في دار الحرب لم يعتق عندهما ويعتق عنده وان كان العبد مسلما أو ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل الاسترقاق بالاستيلاء (وتحرير) بالجر عطف على قوله بأنت حر أي يصح العتق أيضا بتحرير (لوجه الله) بأن قال أنت حر لوجه الله (و) كذا (للشيطان) بأن قال أنت حر للشيطان (و) كذا (للصنم) بأن قال أنت حر للصنم لصدوره من أهله مضافا الى محله عن ولاية فنفذ ولغت تسمية الجهة وكان عاصيا بها (و) كذا يصح (بكره) بان أعتقه مكرها (و) كذا اذا صدر عن (سكر)

بان أعتقه وهو سكران وعند الثلاثة لا يعتق فيهما وقد مرّ مستوفى فى كتاب الطلاق (وان أضافه) أى ان أضاف العتق (الى ملك) بأن قال ان ملكتك فأنت حرّ (أو) أضافه الى (شرط) بأن قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حرّ (صح) التعليق فيعتق عند وجود الشرط خلافا للشافعى فى الاضافة الى الملك وقد مرّ أيضا هناك (ولو حرّر حاملا) بأن قال لامته وهى حامل أنت حرة او أعتقتك (عتقا) أى الام والحمل جميعا لانه تبع لها لاتصاله بها وعن أبى يوسف اذا خرج أكثر الولد فاعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل فى حق الاحكام ألا ترى أنه تنقضى به العدة ولو مات فى هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر (وان حرره) أى الحمل (عتق) الحمل (فقط) دون الام لان الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب الموضوع فلا تعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا أفرده أولى بخلاف بيعه وهبته لعدم القدرة على التسليم وانما يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لعدم التيقن بوجوده فى بطنها وقت الاعتاق الا أن تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلد لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه ألا ترى أنه يثبت نسبه منه ومن ضرورته وجوده عنده (والولد يتبع الام فى الملك) بأن ملكها بشراء أو هبة ونحوهما ملك حملها أيضا لرجحان جانبها (والحرية) بان حررها وهى حامل يتبعها الحمل كما ذكرنا (والرق) بان أسر امرأة من دار الحرب وأخرجها ملكها وولدها رق مثلها (والتدبير) بأن دبر أمته يتبعها حملها فى التدبير (والاستيلاد) بأن زوّج أم ولده من رجل يكون الولد فى حكم أمه فاذا مات المولى يعتقان من جميع المال ثم ان تزويج أم الولد انما يصح اذا لم تكن حاملا فان كانت حاملا فالنكاح باطل للزوم الجمع بين الفراشين (والكتابة) بأن كاتب أمته يتبعها حملها فى الكتابة وذلك لانه قبل الانفصال كعضو من أعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها وكذلك يعتبر جانب الام فى البهائم حتى اذا تولد بين الوحشى والاهلى أو بين المأكول وغيره يؤكل اذا كانت أمه تؤكل ويجوز الاضحية به اذا كانت أمه مما يجوز الاضحية بها والحاصل ان الولد يتبع الام فيما ذكرناه ويتبع الاب فى النسب لانه للتعريف والام لا تشتهر ويتبع خير الابوين فى الدين (وولد الامة من سيدها حر) هذا يستثنى من الحكم المذكور لان ولد الامة من سيدها مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لانه مملوك له بخلاف أمة الغير لان ماءها ملك لسيدها والزوج قد رضى به لعلمه بخلاف ولد المغرور لان الوالد لم يرض به فلهذا قلنا علق حرا فى حقه فلا يتبعها الولد والله اعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (العبد الذى (يعتق بعضه) هل يقتصر عليه أو يعتق كله) *

(من أعتق بعض عبده) بأن أعتق ربعه أو ثلثه أو نصفه (لم يعتق كله) عند أبى حنيفة وقالا يعتق كله وأصله ان الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجزئ وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزأ بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه التجزى وكذا الرق لا يتجزأ بالاجماع لانه ضعف حكمى والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما فى شخص واحد فاذا ثبت هذا فأبو حنيفة

اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقال زال ملكه عن البعض الذى أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا وبه قالت الثلاثة ولو قال بعضك حر أو جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما يعتق كله في الكل (وسعى) العبد (له) أى للمولى (فيما بقى) من قيمته فاذا أدى عتق كله دفعة واحدة وعندهما لا يسعى لانه عتق كله (وهو) أى معتق البعض (كالمكاتب) عند أبي حنيفة لانه كله رقيق وانما الملك قد زال عن بعضه باضافة العتق اليه فعمل بالدليلين بانزاله مكاتبا حتى لا تقبل شهادته ولا يرث ولا يورث ولا يتزوج الا أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لان المولى أوجب السعاية لوقوع الحرية في البعض وهو موجود بعد العجز بخلاف المكاتب كتابة مقصودة وعندهما هو كالحر المديون لان العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم وهذا كما اذا أعتق بعض عبده أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء أو المريض ولم يخرج من الثلث وأما العبد الرهن اذا أعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد فهو حر بالاجماع لان الدين على الراهن لا في رقبة العبد ولهذا يرجع العبد على الراهن بما سعى (وان أعتق رجل نصيبه) من عبد (فلشريكه) الخيار بين ثلاثة أشياء اما (أن يحرر) يعنى يعتق نصيبه (أو يستسعى) العبد (والولاء) في الوجهين (لهما) أى للشريكين (أو يضمن) المعتق قيمة نصيبه (لو) كان المعتق (موسرا ويرجع) المعتق (به) أى بالذى ضمن (عليه) أى على العبد (و) يكون (الولاء له) أى للمعتق وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار أو السعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد بشئ والولاء للمعتق في الوجهين وعند الثلاثة في الموسر كذلك وفي المعسر يبقى شريكه كما كان فللشريك بيعه أى بيع نصيبه وهبته وعتقه وهذا مبنى على أصلين أحدهما تجزئ الاعتاق وعدمه وقد مر بيانه والثانى ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لقوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غير ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو أن يملك من المال قيمة نصيب الآخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر وان اختلفا فيه يحكم الحال الا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا في قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على ان الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول قول المعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا في الوقت والقيمة فادعى الساكت أنه أعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت واحتجت الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه البخارى وبقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق رواه البخارى

ومسلم

ومسلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق أى لا يشدد عليه الامر رواه البخارى ومسلم فثبت السعاية بذلك وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا وليس فيما رووه ما ينافى مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول لانه عليه الصلاة والسلام قال فى الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخى فدل على انه يعتق بعد ذلك اما بعتقه أو بالسعاية وقال فى الحديث الثانى أعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه بالواو وهى لا تنافى الترتيب ولا التراخى فحملناه عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق لم تصح هذه الزيادة عن الثقة أنه من قوله عليه الصلاة والسلام حتى قال أيوب ويحيى بن سعيد لا ندرى أهو شئ فى الحديث أو قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم فى المحلى هى مكذوبة (ولو شهد كل واحد من الشريكين (بعتق نصيب صاحبه) بأن قال كل واحد منهما الشريكه أعتقت نصيبك منه (سعى) العبد (لهما) أى للشريكين موسرين كانا أو معسرين او كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عند أبى حنيفة والولاء لهما وهذا بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه وقالا ان كانا معسرين يسعى أو كان أحدهما معسرا الا ان كانا موسرين والولاء موقوف حتى يتفقا على اعتاق أحدهما وبه قال زفر وعند الثلاثة لو حلفا أو نكلا فنى عتق نصيب كل منهما قولان (ولو علق احدهما) أى أحد الشريكين (عتقه) أى عتق العبد المشترك بينهما (بفعل فلان غدا) بأن قال ان دخل زيد الدار غدا فأنت حر (وعكس الآخر) بأن قال ان لم يدخل زيد الدار فأنت حر (ومضى) الغد (ولم يدر) ادخل زيد الدار أم لا (عتق نصفه) أى نصف العبد للتيقن بحنث أحدهما (وسعى) العبد (فى نصفه) أى فى نصف قيمته (لهما) أى للشريكين وهذا عند أبى حنيفة سواء كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى فى جميع قيمته ان كانا معسرين وان كانا موسرين فلا سعى وان كان أحدهما معسرا والآخر موسرا سعى فى نصف قيمته للموسر وهذا بناء على الاصلين المذكورين الا أن محمدا خالف أبا يوسف حيث أوجب كل السعاية لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول والقضاء على المجهول لا يصح (ولو حلف كل واحد) من الشريكين (بعتق عبده) بأن كان لهما عبدان فحلفا عليهما كل واحد منهما لاحدهما كما فى المسئلة السابقة بأن قال كل منهما ان دخل فلان الدار فهو حر وعكس الآخر بأن قال ان لم يدخل فهو حر (لم يعتق واحد) من العبدين للجهالة فى المقضى له والمقضى عليه فامتنع القضاء بخلاف السابقة فان المقضى له بالحرية وهو العبد الواحد معلوم وكذا سقوط نصف السعاية عنه والمقضى به وهو الحرية والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفى هذه المسئلة بالعكس لان المجهول هو الغالب فيها فامتنع القضاء لذلك ولا يشكل هذا بما اذا كان بينهما عبد وأمة فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف أدخل أم لا يعتق كل واحد منهما مع أن المقضى له بالعتق والمقضى عليه مجهول لان كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه لزعمه ان شريكه هو الحانث بخلاف السابقة فان كلا منهما يزعم ان الآخر هو الحانث فى عبده وليس له فيه نصيب حتى لو تقايضا عتق عليهما

لاقرار كل منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل منهما قيمة ما اشترى لان كلا منهما يزعم انه اشترى
حرا بعبد ففسد البيع باقرارهما ثم فى مسئلة العبد والامة يسعى كل منهما فى جميع قيمته عند أبى
حنيفة فتكون بينهما نصفان وكذا عندهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين سعى كل منهما
للحالف بعتقه ولم يسع لغير الحالف فيه كذا فى المحيط وفى الايضاح انّ كلا منهما يسعى فى ثلاثة
أرباع قيمته عند أبى يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين فى مسئلتنا رجل واحد جاز
وان كان عالما بحنث احد البائعين لزعم كل منهما انه باع عبدا وزعم المشترى قبل الدخول
فى ملكه غير معتبر فاذا صح الشراء واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لانّ زعمه معتبر فى حق
نفسه فى هذه الحالة ويؤمر بالبيان لانّ المقضى عليه معلوم (ولو ملك) رجل (ابنه مع) رجل
(آخر) بالشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو الامهار أو الارث (عتق حظه) أى نصيبه أعنى
نصيب الاب لما روينا ولا فرق فى ذلك بين أن يعلم الآخر انه ابن شريكه أو لم يعلم (ولم يضمن الاب)
نصيب شريكه لانعدام التعدى فيه منه (والشريكه أن يعتق) نصيبه ان شاء (أو يستسعى)
العبد فى قيمة نصيبه لانه عتق بمباشرته وليس له غير ذلك هذا عند أبى حنيفة وقالا يضمن الاب فى
غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن فى نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف
أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكاه بهذه الاسباب وعند الثلاثة لا يعتق شئ (وان اشترى
نصفه) اى نصف الابن (اجنبى ثم) اشترى (الاب ما بقى) من الابن وهو النصف الآخر (فله) أى
فللاجنبى (أن يضمن الاب) ان شاء (أو يستسعى العبد) فى قيمة نصيبه لوجود التعدى من الاب
(وان اشترى) الاب (نصف ابنه ممن يملك كله) أى كل الابن (لا يضمن) الاب (لبائعه) شيأ عند
أبى حنيفة لانّ البائع شاركه فى العلة وهو البيع وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان
ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع ولو كان مكان الابن جارية
مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيفما كان وان كانا
ملكاها بارث (عبد) مملوك (لموسرين) وهم ثلاثة (دبره واحد) منهم (وحرره آخر) منهم ضمن
الساكت وهو الذى لم يفعل شيأ (المدبر) بكسر الباء ولا يضمن المعتق (و) ضمن (المدبر) بكسر
الباء أيضا (المعتق ثلثه) أى ثلث العبد يعنى ثلث قيمته حال كونه (مدبرا) بفتح الباء (لا) يضمن
المدبر المعتق (ما ضمن) وهو الثلث الذى ضمنه للساكت عند أبى حنيفة وقالا العبد كله صار
مدبرا للذى دبره أول مرة واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكه ثلثى قيمته موسرا كان أو معسرا
وأصله انّ التدبير يتجزأ عنده كالعتق معنى التجزئ انه ازالة الملك وعندهما لا يتجزأ لانّ موجبه
حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية (ولو قال) رجل (لشريكه) فى الامة (هى) أى
الامة (ام ولدك وأنكر) الشريك ذلك فهى موقوفة (تخدمه) أى تخدم الامة المنكر (يوما
وتتوقف يوما) ولا سعاية عليها للمقر عند أبى حنيفة ونصف كسبها للمنكر والنصف الآخر
موقوف ونفقتها من كسبها وان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لانّ نصفها للمنكر
بيقين لانّ المقرّ ان كان صادقا فهى أم ولده وان كان كاذبا فهى شركة بينهما فكان نصف الخدمة
مستحقا له ووقع الاشتباه فى النصف الآخر فيتوقف وقالا ليس للمنكر ان يستخدمها وله أن
يستسعيها فى نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها لانّ المقرّ أفسد نصيبه ونصيب الشريك

وتعذر التضمين لعدم البينة فوجبت السعاية عليها وبه قالت الثلاثة وذكر فى الاصل رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة (ومالام ولد تقوم) هـذا نصف بيت من الرجز أخـذه الشـيخ من المنظومة للنسفى أى ليس لها قيمة عنـد أبى حنيفة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون مقومة كالمدبر ولهذا لو قال كل مملوك لى حر تدخـل أم الولد فيـه واستباحة الوطء دليل الملك وقيمتها ثلث قيمة القن وبه قالت الثلاثة وله قوله عليه السلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وقضيته الحرية زوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه السـلام أيما امرأة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد ولا معارض له فى زوال التقوم فثبت ماذكرنا ثم أشار الى بيـان ثمرة هذا الخلاف بالفاء التى تدل على النتيجة بقوله (فلا يضمن احـد الشريكين باعتاقها) أى باعتاق أم الولد يعنى اذا كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما فلا ضمـان عليه عند أبى حنيفة وعنـدهما يضمن نصف قيمتها ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا ومن ثمرة الخلاف ما اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لم يضمن خلافا لهما ومنها ما اذا مات أحد المولين عتقت عنده ولم تسع وعنـدهما تسعى فى نصف قيمتها ومنها ما اذا باع جارية فجاءت بولد عنـد المشترى لاقل من ستة أشهر فمـاتت الجارية وادعى البائع ان الولد ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعنـدهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام (له) أى لرجل (اعبد) ثلاثة (قال لاثنين) منهم (احدكما حر فخرج واحد) منهما (ودخل آخر وكرر) أى قال أيضا أحدكما حر (ومات) أى المولى (بلا بيان عتق) من الذى أعيد عليه القول (عتق ثلاثة أرباع الثابت) اجماعا (و) عتق (نصف كل واحد من الآخرين) وهما الخارج والداخل عندهما وعند محمد هو كذلك الا فى الداخـل فانه يعتق ربعـه لان الايجاب الاول صح بـكل حال فينصـف والايجاب الثانى يصح فى حال دون حال فينصف فيقسم هـذا النصف عليهما فيصيب كل واحد ربعه لانه ان عنى بالاول الثابت لغا اللفظ الثانى ولهما ان اللفظ الاول بين الخارج والثابت نصفان واللفظ الثانى بين الثابت والداخـل نصفان الا أن النصف لاقى الثابت ونصفه حر ونصفه رقيق فمـا لاقى الحرية لغا وما لاقى الرق صح فينصف فصار له ربع منه وقد أصاب نصف حرية فصار له ثلاثة أرباع واللفظان صحيحان لان الاول لم ينو بالعتق ولهذا يؤمر بالبيان (ولو) كان هذا القول (فى المرض قسم الثلث على هذا) الطريق فيجعل كل عبـد على أربعة أسهم يعتق من الخارج سهمان وكذا من الداخل ومن الثابت ثلاثة فصار سهام الوصية سبعة فيجعل كل عبد على سبعة وجميع المـال احد وعشرون وعند محمد للداخل سهم فيجعل سهام الوصية ستة فيجعل كل عبد على ستة وكل المال ثمـانية عشر للخارج سهمان من ستة وللثابت ثلاثة وللداخل سهم وعليهم السعاية بقدر الرق للورثة اثنا عشر وعند الثلاثة يقرع بينهم او يقوم الوارث مقامه فى البيان وعن أحمد يقرع فى الحيـاة والممات وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه الاول أن يموت المولى قبـل البيان وهو قد ذكر حكمه والثانى أن يموت العبـد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الـكلام الاول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت مزاحمة الثابت وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانمـا يعتق الخـارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بالموت

ظهر ان الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كما قواهما وان مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق الاول على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثانى فبطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقع العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الزيادات هذا عند محمد واما عندهما يجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعين الثابت تعيين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثانى لان المضموم اليه حر والثالث أن يكون الكل بالحياة فحكمه ان المولى يجبر على البيان مادام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق وصح الكلام الثانى لانه يبقى دائرا بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثانى لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا فى قوله احدكما حر وان بدأ ببيان الكلام الثانى فان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فيعتق من يبينه فيه فان قال عنيت به الثابت عتق به وعتق الخارج بالكلام الاول (والبيع) مبتدأ أى بيع أحد عبديه فيما اذا قال أحدكما حر من غير عين (والموت) عطف عليه أى موت أحد عبديه فى الصورة المذكورة (والتحرير) أى تحرير أحدهما فى الصورة المذكورة (والتدبير) أى تدبير أحدهما كذلك (بيان) خبر المبتدأ أى مبين (فى العتق المبهم) وهو ماذكرنا من قوله أحدكما حر من غير عين لان هذا الكلام أوجب عتقا مترددا بينهما فكانا فيه سواء فاذا مات أحدهما أو باعه أو أعتقه أو دبره تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم ولا يرد على هذا ما اذا قال لغلامين أحدهما ابنى أو قال لجاريتين احداهما أم ولدى فمات أحدهما لا يتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد لان هذا اخبار عن أمر كائن والاخبار يصح فى الحى والميت بخلاف البيان لانه فى حكم الانشاء فلا يصح الا فى المحل وهو الحى ثم لا فرق بين أن يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون التصرفات المذكورة بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف فى أحدهما شيأ من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية (لا الوطء) أى ليس الوطء ببيان فى العتق المبهم صورته اذا كانت له أمتان فقال احداهما حرة من غير تعيين ثم وطئ احداهما لا يكون وطؤه بيانا حتى لا تعتق الاخرى عند أبى حنيفة لثبوت الملك فيهما ولهذا له أن يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله والوطء كالاستخدام لانه لقضاء الشهوة لا لطلب الولد بخلاف الحرة وقالا تعتق الاخرى لان الوطء لا يحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما لو علقت منه وكما اذا وطئ احدى المرأتين فى الطلاق المبهم وبه قال الشافعى ومالك (وهو) أى الوطء (والموت) كلاهما (بيان فى الطلاق المبهم) بأن قال لامرأتيه احداكما طالق من غير تعيين فوطئ احداهما تعينت الاخرى للطلاق وكذا اذا ماتت احداهما وقد ظهر الفرق مما ذكرناه (ولو قال) رجل لامته (أول ولد تلدينه) ان كان (ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاول) منهما (رق الذكر) يعنى يصير رقيقا (وعتق نصف الام و) نصف (الانثى) لان كل

واحد منهما يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية اذ الام عتقت قبل ولادتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف وأما الغلام فيرق فى الحالين لان ولادته شرط لحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها وهذه المسئلة تتصور على ستة أوجه الاول ما ذكر فى الكتاب والثانى ان تدعى الام انها ولدت الغلام أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق ويحلف على العلم لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا أن تقيم البينة بعد ذلك وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة والثالث أن يوجد التصادق بأن الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام والرابع ان يوجد التصادق بأن البنت هى الاولى فلا يعتق منهم أحد والخامس أن تدعى الام بان الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهى كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام دون البنت والسادس أن تدعى البنت وهى كبيرة ان الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام (ولو شهدا) أى رجلان (انه) اى أن فلانا (حر احد عبديه او) حر احدى (امتيه لغت) هذه الشهادة عند أبى حنيفة وقالا تقبل ويؤمر بأن يعتق أحدهما وبه قالت الثلاثة وأصلها ان الدعوى من العبد شرط عنده كما فى دعوى المال فلم تقبل وعندهما ليست بشرط لان العتق حق الشرع فان قلت دعوى الامة ليست بشرط بالاجماع فلم لا تعتق ههنا قلت لان عدم الاشتراط كان لتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عند أبى حنيفة كما مر بيانه (الا أن تكون) هذه الشهادة (فى وصية) بأن شهدا انه أعتق أحد عبديه فى مرض موته تقبل الشهادة اجماعا لان نفعه يعود اليه فتحقق الدعوى من الخلف وهو الوصى أو الوارث ولو شهدا بعد موته انه قال فى صحته أحدكما حر فلا نص فيه فقيل لا تقبل والاصح انها تقبل وكذلك لو شهدا على تدبيره فى مرضه أو فى صحته تقبل بلا خلاف (او) تكون هذه الشهادة فى (طلاق مبهم) بأن شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة اجماعا ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحلف بالعتق)

وفى بعض النسخ بالدخول موضع العتق (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما يملك بعده) أى بعد الحلف (به) أى بدخول الدار لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضها التنوين فاعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا فان قلت ينبغى أن لا يعتق من لا يكون فى ملكه يوم حلف لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه قلت ان لم توجد الاضافة صريحا فقد وجدت دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخولى الدار بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار لا يعتق لانه لم توجد الاضافة الى الملك صريحا ولا دلالة (ولو لم يقل) فى يمينه فى الصورة المذكورة (يومئذ) بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر (لا) يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل

مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه تأخر للشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وجوده وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة مطلقا (و) لفظ (المملوك لا يتناول الحمل) لانه يتناول المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق حتى لو قال كل مملوك لى حر وكان له حمل مملوك بطريق الوصية بأن أوصى له بالحمل فقط أو قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا الاقل من ستة أشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب لانه ليس مملوكا من كل وجه بخلاف أم الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى (ولو قال) رجل (كل مملوك لى حر بعد غد (أو) قال كل مملوك (أملكه حر بعد غدا و) قال كل مملوك لى حر (بعد موتى) أو قال كل مملوك أملكه حر بعد موتى (يتناول) هذا الكلام (من ملكه) أى من كان فى ملكه (منذ حلف) أى فى وقت حلفه (فقط) فلا يتناول من ملكه بعد اليمين حتى يعتق بعد غد أو يكون مدبرا فى الحال من كان فى ملكه فى ذلك الوقت ولا يعتق ولا يدبر من كان يملكه بعد ذلك لان قوله هذا للحال فكان الجزاء حرية المملوك أو تدبيره فى الحال فلا يتناول ما سيشتريه بعد اليمين (وبموته) أى بموت المولى (عتق من ملك بعده) أى بعد اليمين (من ثلثه) أى من ثلث ماله (ايضا) عندهما لان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون حال الموت فيها مقصودا فيتناول ما يملكه عند الموت وقال أبو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه فان قلت يلزم على قولهما الجمع بين الحقيقة والمجاز أو تعميم المشترك على ما اختلفوا فى المضارع قلت هذا اذا كان بسبب واحد وأما باعتبار سببين مختلفين فلا يلزم ذلك فكلامه هذا ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى سببه والايصاء لا يصح الا فى الموجود عند الموت فبهذا الاعتبار صح هذا فافهم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العتق على جعل)

بضم الجيم وهو اسم لمال يجعل شرطا لعتقه (حرر) رجل (عبده على مال) بأن قال أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف (فقبل) العبد ولا بد منه لانه علقه بقبوله ولانه معاوضة كالبيع (عتق) وصار المال دينا عليه لالتزامه به وكانت ذمته صالحة وقد تأكدت بالعتق واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه حتى الحيوان وان لم يكن معينا بعد أن يكون معلوم الجنس ولا يبالى بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد (ولو علق) المولى (عتقه) أى عتق العبد (بادائه) أى باداء العبد المال (صار) العبد (مأذونا) له فى التجارة لدلالة الحال على ذلك ولا يصير مكاتبا لان صيغته صيغة التعليق وهو أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر ونحوه فتعلق عتقه بأداء المال فلهذا لا يحتاج فيه الى قبوله ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه ثم لو قال ان أديت الى يقتصر على المجلس وعن أبى يوسف انه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق (وعتق العبد (بالتخلية) بين المال وبين المولى حتى اذا أحضره بحيث يتمكن المولى من قبضه أجبره

الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض اولا وهو تفسير الاجبار فى سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الاداء ولا يصير العبد أحق باكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابراؤه ولو تبرع به غيره وادى عنه لم يعتق ولو مات المولى لا يعتبر اداؤه للورثة ولنا انه وان كان تعليقا لفظا الا انه معاوضة معنى فيجبر عليه دفعا لضرر الغرور عن العبد (وان قال) رجل لعبده (أنت حر بعد موتى بألف فالقبول) من العبد يكون (بعد موته) أى موت المولى لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله أنت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو قال لعبده أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا أن يكون مكاتبا فقط بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قلت اذا لم يجب المال فما فائدة القبول قلت فائدته أن يكون مدبرا لوجود الشرط لان التدبير معلق بقبول المال فلا يكون مدبرا ما لم يقبل ولا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للعتق بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق أحد (ولو حرره) أى ولو أعتق عبده (على خدمته) أى على خدمة العبد اياه (سنة فقبل) العبد (عتق) يعنى من ساعته وصورته أن يقول له أعتقتك على ان تخدمنى سنة وأما اذا قال ان خدمتنى كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة (وخدمه) أى وخدم العبد مولاه سنة لانه سلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل (فلومات) المولى أو العبد (يجب قيمته) أى قيمة العبد وتؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد عندهما وعند محمد يجب عليه قيمة الخدمة سنة وهو قول أبى حنيفة أولا ولو كان مات فى أثناء السنة وجب عندهما من قيمته قسط ما بقى من الحول وعند محمد من قيمة الخدمة قسط ما بقى من الحول وهذه المسئلة من فروع ما اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت أو هلكت قبل القبض يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر فى الذمة فأسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر وذكر فى البرهانى أن فائدة الخلاف انما تظهر اذا اختلفت قيمة العبد وقيمة الخدمة بأن كانت قيمة العبد الف درهم وقيمة الخدمة سنة خمسمائة درهم (ولو قال) رجل لآخر (أعتقها) أى أمتك (بألف على ان تزوجنيها ففعل) أى أعتقها على نحو ما قال (فابت) الامة التى أعتقها (أن تتزوجه) أى الرجل المذكور (عتقت) عتقا (مجانا) بغير شئ لان من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم على لا يلزمه شئ ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك فى الطلاق ولم يقع لفظ على فى المختصر بعد قوله بألف وهكذا ذكر فى عامة نسخ الهداية وقد ذكرها فى بعضها وهو الحق يدل على ذلك قوله لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز فلا يكون اشتراطا على الاجنبى الا اذا قال على فيكون الصواب أن يقال أعتق أمتك بألف درهم على أن تزوجنيها (ولو زاد) القائل المذكور فى المسئلة السابقة

لفظة (عنى) بأن قال أعتق أمتك عنى بألف درهم على أن تزوجنيها فأبت أن تتزوجه (قسم الالف على قيمتها و) على (مهر مثلها ويجب ما اصاب القيمة فقط) يعنى يسقط ما أصاب المهر لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء فكانه قال بع أمتك عنى بألف درهم ثم كن وكيلى فى الاعتاق على أن تتزوج منى فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما و وجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولو زوجت نفسها منه فى الوجهين لم يذكره فى الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهو للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فيقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره

هذا (باب) فى بيان أحكام (التدبير)

هو لغة النظر فيما يؤل اليه عاقبته ودبر الرجل اذا ولى فكانه من دبر الحياة أو من التدبير لانه دبر نفسه فيه حيث استخدمه فى حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته وشرعا (هو) أى التدبير (تعليق العتق بمطلق موته) أى موت المولى وفى المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع فى المملوك بعد موت المالك وما قاله الشيخ أحسن لان الثانى يرد عليه المدبر المقيد بأن قال ان مت فى سفرى أو من مرضى هذا أو من مرض كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موته (كاذا) أى كقوله اذا (مت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت أو) انت حر (عن دبر منى او) أنت (مدبر او) قال (دبرتك) هذا كله تمثيل للتدبير المطلق فيصير به مدبرا لانه صريح فيه وكذا لو قال أعتقتك بعد موتى أو أنت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى الى غير ذلك من ألفاظ العتق وكذا اذا قال ان مت فأنت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا اذا قال ان حدث بى حدث فأنت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال أنت حر مع موتى أو فى موتى واعلم ان ألفاظه ثلاثة الاول أن يصرح بالتدبير كما ذكرنا فلا يحتاج الى النية والثانى أن يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فأنت حر ونحوه من القران بالموت أو التعليق به والثالث أن يكون بلفظ الوصية كقوله أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا اذا أوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق لانه لا يملك نفسه فصار كانه قال أنت حر بعد موتى (فلا يباع) المدبر (ولا يوهب) وقال الشافعى يجوز بيعه وغيره من التصرفات وبه قال أحمد لما روى عن جابر رضى الله عنه ان رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فأخذه النبى صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه منى فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وعن أحمد انما يجوز بيعه اذا كان على السيد دين وعند مالك لا يجوز بيعه حال الحياة ويجوز بعد الممات ان كان على المولى دين ولنا ما رواه ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث فان قلت الحديث غريب ولو اشتهر حمل على نفى الفضيلة وبه نقول قلت الحديث مشهور احتج به الكرخى والطحاوى والرازى وغيرهم من الائمة وروى أبو الوليد الباجى ان عمر رضى الله عنه رد بيع المدبرة فى ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم أن بيع المدبر لا يجوز وما رواه حكاية حال فلا يمكن

الاحتجاج به لانه يحتمل أن يكون كان مدبرا مقيدا ويحتمل أنه باع منفعته بأن اجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل اليمن لان فيها بيع المنفعة يؤيده ما رواه جابر انه عليه السلام باع خدمة المدبر ذكره أبو الوليد المالكي ويحتمل انه باعه في وقت كان يباع الحر بالديون كما روى انه عليه السلام باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ (ويستخدم) المدبر (ويؤجر) للناس (ويوطأ) الامة المدبرة أى المولى يطؤها (وتنكح) أى المدبرة أى المولى يزوجها من انسان لان ملكها ثابت فيه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه وليس له أن يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كأم الولد (وبموته) أى وبموت المولى (عتق) المدبر (من ثلثه) أى من ثلث ماله لما روينا (ويسعى) المدبر (في ثلثيه) أى في ثلثي قيمته (لو) كان المولى (فقيرا) ولم يكن له مال غيره (و) يسعى في (كله) أى في جميع قيمته (لو) كان المولى (مديونا) بدين يستغرق جميع ماله لانه وصية ومحل نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته (ويباع) المدبر المقيد بالاجماع وفسره بقوله (لو قال) المولى (ان مت من مرضى) هذا (أو سفرى) هذا فانت حر (أو) قال ان مت (الى عشر سنين) فأنت حر (او) قال (أنت حر بعد موت فلان) لانه ليس بمدبر مطلق فجاز بيعه (ويعتق) المدبر (ان وجد الشرط) بأن مات من مرضه ذلك أو سفره ذلك ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بأن قال ان مت الى مائة سنة فانت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال أبو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت والمختار هو الاول ومن المقيد أن يقول اذا مت وغسلت فأنت حر لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده وان مات ففي القياس أن لا يعتق ما لم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه ومنه أن يقول أنت حر قبل موتى بشهر أو بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه خلافا لزفر ولو قال اذا مت أو قتلت فأنت حر فعند زفر يكون مدبرا خلافا لابي يوسف والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الاستيلاد)

وهو طلب الولد لغة وشرعا طلب الولد من الامة وأم الولد اسم للامة المستولدة من الاسماء التى خرج بها من العموم الى الخصوص كالحج والتيمم ونظيره البيت والنجم (ولدت أمة من السيد) أى من مولاها (لم تملك) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه السلام قال من وطئ أمة فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه وعنه رضى الله عنه ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وهو حجة على بشر وداود فى تجويزهما بيعها وانها لا تعتق بموت المولى استدلالا بما روى عن على رضى الله عنه أنه كان يجوز بيع أمهات الاولاد قلنا قد صح أنه رجع الى قول الجماعة (ويوطا) أم الولد (وتستخدم وتؤجر وتزوج) لبقاء ملكه (فان ولدت بعده) أى بعد الولد الاول (ثبت نسبه) أى نسب الولد من المولى (بلا دعوة) منه ولا يثبت فى أول مرة الا أن يعترف به وقال الشافعى يثبت اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا أن يدعى انه استبرأها بعد وطئها

بحيضة لان فى المنكوحة يثبت بالعقد المفضى الى الولد بواسطة الوطء فلان يكون الوطء نفسه
مع كونه أكثر افضاء مثبتا للنسب أولى وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه لا فراش لها الا انها لو صارت
فراشا بالوطء لوجب بزوال فراشها ما سمى عدة فاذا كان كذلك لا يثبت الا باعترافه ولو اعترف
بالحمل فاذا جاءت به لستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق بين أن يكون حيا
أو ميتا بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت وبوطئه فى دبرها يلزم الولد عند مالك
وأحمد ووجه ضعيف عند الشافعى (بخلاف) الولد (الاول) فانه لا يثبت الا باعترافه كما ذكرنا
(وانتفى) نسب ولد أم الولد بعد ما اعترف بالاول (بنفيه) أى بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها
ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان لتأكد
الفراش ألا ترى انه لا يملك ابطاله بالتزويج وفى المبسوط انما يملك نفيه مالم يقض القاضى به
أو لم يتطاول ذلك فأما اذا قضى القاضى به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول
ومدته قد ذكرت فى باب اللعان ولو أعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه وليس له أن يتزوج أختها
عند أبى حنيفة مادامت فى العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم
(وعتقت) أى أم الولد (بموته) أى بموت المولى (من كل ماله) لما روينا (ولم تسع لغريمه) أى
لغريم المولى ولا للوارث بخلاف التدبير لما بينا (ولو أسلمت أم ولد النصرانى سعت فى قيمتها)
لانها تكون مكاتبة والسعاية لا تضر بالمولى وقال زفر تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا
الخلاف فيما اذا عرض الاسلام على المولى فامتنع فان قلت هى غير متقومة عند أبى حنيفة
فكيف تجب عليها السعاية قلت وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم ألا ترى ان القصاص
لا يتقوم ومع هذا لو عفا بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر عنهم
ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب مالم يسلم مولاها والمدبر
فى هذا كحكم الولد حتى اذا أسلم مدبر النصرانى يسعى فى قيمته (وان ولدت) الامة من رجل
(بنكاح فملكها) بعده بوجه من الوجوه (فهى أم ولده) عندنا لان السبب هو الجزئية وقال
الشافعى لا تصير أم ولده ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولده عندنا وله فيها
قولان ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها وأولادها كلهم تصير أم ولده ويعتق ولدها
منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون بمنزلة أمه خلافا لزفر رحمه الله بخلاف الولد الحادث
فى ملكه حيث يكون حكمه حكم أمه بالاتفاق (ولو ادعى) أحد الشريكين (ولد أمة مشتركة)
بينهما (ثبت نسبه) أى نسب الولد منه لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه فى النصف
فتصح دعوته فيه ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزى
وسواء كانت الدعوى فى المرض أو فى الصحة (وهى) تكون (أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ
عندهما وعند أبى حنيفة يصير نصيبه أم ولده ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم يحصل
لها شئ من أسباب الحرية قبل كالتدبير وغيره (ولزمه) أى المدعى (نصف قيمتها) لتكميل
الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق وسواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان
العتق فافهم (و) لزمه أيضا (نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بخلاف الاب اذا استولد
جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا

ملك نفسه (لا) تلزمه (قيمته) أى قيمة الولد لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه (ولو ادعياه) أى ولو ادعى الشريكان نسب الولد الذى حبلت به أمه فى ملكهما (معا) أى مجتمعين (ثبت نسبه) أى نسب الولد (منهما) أى من الشريكين (وهى) أى الامة (أم ولدهما) وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى القافة فى الحاقه بأحدهما لان النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول القائف فى أسامة بن زيد وبه قال مالك وأحمد ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير وهو مذهب على وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب ويعلم ما فى الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا فى غير هذه الحالة اجماعا والقائف فى اللغة هو الذى يقول الباطل وسرور النبى صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون فى نسب أسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك ولما مر مجزز المدلجى عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزمت الحجة عليهم على زعمهم فسر عليه السلام لذلك لا لان قول القائف حجة شرعا ولانه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به (وعلى كل واحد) منهما (نصف العقر) أى المهر لان الوطء فى المحل المعصوم سبب للضمان فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر (وتقاصا) أى الشريكان لعدم فائدة استيفاء كل واحد من الآخر اللهم الا اذا كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزأ وهو فى الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء لعدم الاولوية (وورث) الابن (من كل) واحد من الشريكين (ارث ابن) كامل لان كل واحد منهما أقر له على نفسه بثبوته على الكمال فيقبل قوله (وورثا) أى الشريكان الابوان (منه) أى من الابن (ارث أب) واحد لان المستحق أحدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الاولوية (ولو ادعى) رجل (ولد أمة مكاتبه وصدقه) أى المولى (المكاتب) فى دعواه (لزم النسب) لتصادقهما على ذلك (و) لزمه (العقر) أيضا لانه وطء بغير نكاح ولا ملك يمين ويسقط الحد للشبهة (و) لزمته (قيمة الولد) أيضا لانه فى معنى المغرور فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب (ولم تصر) الامة (أم ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك (وان كذبه) المكاتب (لم يثبت النسب) أى نسب الولد منه لان تصديقه معتبر وقال أبو يوسف يثبت لانها كسب كسبه فصارت كجارية الابن بل أولى والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الايمان)

وهو جمع يمين وهو القوة لغة قال تعالى لاخذنا منه باليمين أى بالقوة وهى الجارحة أيضا وشرعا (اليمين تقوية أحد طرفى الخبر) وهما طرف الصدق وطرف الكذب لان من شأن الخبر احتماله للصدق والكذب والباء فى قوله (بالمقسم به) يتعلق بقوله تقوية لانه اذا عزم على فعل أو ترك فقد قوى عزيمته بذكر المقسم به وهو الله تعالى لان اليمين بالله تعالى وبغيره مكروهة للنهى الوارد

ولكن افتوا بجواز غيره أيضا الاسيما في زماننا وقالوا النهي محمول على الحلف بغير الله لا على وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحو ذلك وركن اليمين بالله ذكر اسمه أو صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط أن يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء أن يكون غالب الوجود عند وجود الشرط ليتحقق الحمل أو المنع وهو ليس بيمين وضعا وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل أو المنع ثم اليمين بالله ثلاثة أقسام غموس ولغو ومنعقد أشار الى ذلك بقوله (فحلفه) أي حلف الرجل (على) أمر (ماض) حال كونه (كذبا) أي كاذبا وحال كونه (عمدا) أي عامدا أي قاصدا للكذب (غموس) سمي به لانه يغمس صاحبه في الذنب ثم في النار (و) حلفه على أمر ماض حال كونه (ظنا) أي ظانا ان الامر كما قال (لغو) سمي به لانه لا اعتبار به واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا أتى بشيء لا فائدة فيه وكلاهما يتصور في اليمين بالله ولا يتصور في اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذور بأمر كائن في الماضي لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين أو لم يكن عالما وعند الشافعي اللغو هو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير قصد اليمين وحكى ذلك محمد عن أبي حنيفة وعن عائشة رضي الله عنها مثل ذلك موقوفا ومرفوعا وعن ابن عباس رضي الله عنهما هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق (واثم) الحالف (في الاولى) وهي الغموس (دون الثانية) وهي اللغو وفي بعض النسخ في الاول دون الثاني بالتذكير وكلاهما جائز لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله عليه السلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري وأحمد ولا يجب في الغموس الا التوبة والاستغفار ولا تجب الكفارة وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق الهتك بالاشهاد باسم الله كاذبا ولنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر التي لا كفارة فيها الشرك بالله وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وقتل نفس بغير حق واليمين الفاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم وفي رواية الغموس وفي رواية اليمين الغموس تدع الديار بلاقع رواه ابن شاهين وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيهن وقولهما كنا اشارة الى جميع الصحابة وهذا حكاية الاجماع (و) حلفه (على) أمر (آت) في المستقبل (منعقد) سواء كان في الفعل كقوله والله لاعطين زيدا درهما أو في الترك كقوله والله لا أكلم زيدا فبره في الفعل أن يفعل مرة وفي الترك أن يترك أبدا فتى فعل مرة فقد حنث ويلزمه الكفارة (وفيه) أي وفي المنعقدة (الكفارة) لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين في المستقبل بدليل قوله تعالى واحفظوا أيمانكم فلا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا في المستقبل وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا تجب الكفارة الا فيه ولا تجب في الغموس كما ذكرنا مع الخلاف فيه وعن هذا يسقط كلام الشارح ولا معنى لقوله فقط لان في اليمين المنعقدة اثما أيضا وقوله (ولو) كان الحالف في المنعقد (مكرها أو ناسيا) واصل بما قبله لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين قال الشارح والمراد

بالناسي المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر في الكافي انه المذهول عن التلفظ به بأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما الجأنا الى هذا التأويل لانّ حقيقة النسيان في اليمين لا تتصوّر قلت لا ضرورة الى هذا التأويل الذي يلزم منه الالجاء بل صورة الناسي انّ يحلف أن لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف فهذا لا يمنع انعقاد اليمين الثانية فهذه اليمين محلوف عليها بالنسبة الى اليمين الاولى وهي في ذاتها يمين و بمجرد اليمين الثانية صار حانثا في الاولى ثم اذا باشر المحلوف عليه في اليمين الثانية يحنث ثانية فيجب عليه كفارة أخرى وعند الشافعي لا تنعقد يمينه خاطئا ومكرها (أو حنث كذلك) أي مكرها أو ناسيا بان فعل المحلوف عليه بالاكراه أو النسيان أو بالخطا فانه يحنث وعند الشافعي في الاصح وأحمد في رواية لا يحنث وكذا يحنث لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة (واليمين) يكون (بالله) وبغيره من أسمائه عز وجلّ لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه (و) يكون أيضا بصفة من صفاته عزت قدرته مثل (الرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه) ولا يحتاج فيه الى النية وقيل كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين مطلقا وما يسمى به غير الله كالرحيم والحكيم والعليم والقادر فان أراد به الله كان يمينا والا فلا وهذا ليس بصحيح لانّ اليمين بغير الله منهيّ عنه لما رويناه وأمّا اذا حلف بصفاته كعزته وجلاله ونحوهما فان كان متعارفا بأن كان يحلف به عادة يكون يمينا والا فلا وقيل ان حلف بصفات الذات يكون يمينا وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا والصحيح الاوّل لانّ صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة ولا يصح الافتراق (و) اليمين يكون أيضا بقوله (أقسم وأحلف وأشهد وان لم يقل) الحالف (بالله) أقسم أو بالله أحلف أو بالله أشهد لقوله تعالى يحلفون لكم أخبر عنهم أنهم قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة وقال زفر لا تكون هذه الالفاظ يمينا ما لم يقل بالله وعند الشافعي ان نوى ينعقد والا لا (و) اليمين يكون أيضا بقوله (لعمر الله) لافعلنّ كذا لانّ عمر الله بقاؤه فكان صفة له (و) كذا بقوله (ايم الله) لافعلنّ كذا لانّ معناه ويمين الله واختلف فيه فقال الكوفيون أصله ايمن جمع يمين فحذفت الهمزة والنون تخفيفا فقيل أيم الله بفتح الهمزة وكسرها وربما حذفوا الياء أيضا فقالوا أم الله وربما أبقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله بتثليث الميم فالجمع تسعة أوجه وقال البصريون ليست هذه جمعا والهمزة للوصل (و) كذا بقوله (عهد الله) لافعلنّ كذا لانّ العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها (و) كذا بقوله (ميثاقه) أي ميثاق الله لافعلنّ لانه بمعنى العهد وعند الشافعي لا ينعقد فيهما الا بالنية (و) كذا بقوله (عليّ نذر) لافعلنّ كذا (و) كذا بقوله (نذر الله) لافعلنّ لانه بدون تسمية شيء يوجب الكفارة لقوله عليه السلام كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذي وصححه ثم لا يخلوا امّا أن يكون النذر مطلقا أو معلقا بشرط وكل واحد منهما امّا بتسمية شيء أو لا فان لم يسم شيأ يجب عليه كفارة اليمين سواء كان مطلقا أو معلقا لكن في المطلق في الحال وفي المعلق عند الشرط وان سمى شيأ ففي المطلق يجب الوفاء به وكذا في المعلق ان كان التعليق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يجزيه

كفارة اليمين ان شاء وان شاء أوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه أبو حنيفة قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وكذا لو قال على يمين يجب عليه كفارة لان معناه على موجب اليمين (و) كذا بقوله (ان فعل كذا فهو كافر) أو يهودى أو نصرانى أو برىء من الله يكون يمينا وتجب الكفارة عند الحنث لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم وقال الشافعى لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله وبه قال مالك فى قوله كافر وعن أبى حنيفة يمين اذا قال ان فعل كذا فهو يعبد الصليب أو الوثن ثم فى قوله ان فعل كذا فهو كافر ان كان قال ذلك لشىء قد فعله فى الماضى فان كان صادقا فلا شىء عليه وكذا ان كان يعلم أنه صادق عنده وان كان يعلم أنه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل وعن أبى يوسف لا يكفر والصحيح انه ان كان عالما أنه يمين لا يكفر فى الماضى ولا فى المستقبل وان كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف فى الغموس أو بمباشرته الشرط فى المستقبل يكفر فيهما لانه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضى بالكفر ولو قال ان فعل كذا فهو زان أو شارب خمر لا يكون يمينا بالاجماع (لا) يكون يمينا بقوله (بعلم الله) لافعلن كذا لان العلم يراد به المعلوم (و) لا بقوله (غضبه) أى غضب الله لافعلن كذا (وسخطه) لافعلن كذا (ورحمته) لافعلن كذا لانه لا أثر للتعليق فى وجود هذه الافعال فان وجودها بأسباب أخرى (و) لا بقوله و (النبى) لافعلن كذا (و) لا بقوله (والقرآن) لافعلن كذا (و) لا بقوله و (الكعبة) لافعلن كذا لما روينا وعند الثلاثة بالقرآن وكلام الله والمصحف يمين وعند أحمد بالنبى أيضا ولو قال ان فعلت كذا فأنا برىء من النبى أو من القرآن أو من كلام الله القديم أو من كلام الله القائم بذاته ينعقد اليمين بالاجماع وعندى لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال وحق هذا فهو يمين ولا سيما فى هذا الزمان الذى كثرت فيه الايمان الفاجرة ورغبت العوام فى الحلف بالمصحف وفى فتاوى الولوالجى رجل وضع كتابا من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال أنا برىء مما فيه ان دخلت الدار فدخل يلزمه كفارة لانه يمين بالله تعالى وفى النوازل ان قال والكتب الاربعة فليس هذا بيمين وان قال أنا برىء من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين واحدة وان قال أنا برىء من التوراة وبرىء من الانجيل وبرىء من الزبور وبرىء من الفرقان وجبت عليه أربع كفارات وفى الخلاصة لو قال بحرمة شهد الله ولا اله الا الله لا يكون يمينا (و) لا بقوله و (حق الله) لافعلن كذا عندهما لانه يحتمل الحقوق التى على العباد نحو الصلاة والزكاة وقال أبو يوسف يمين لان حق الله تعالى حقيقته وبه قالت الثلاثة وهو المختار عندى واليمين بوجه الله ليس بيمين عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف (و) لا بقوله (ان فعلته) أى الشىء الفلانى (فعلى غضبه) أى غضب الله (و) لا بقوله ان فعلته فعلى (سخطه) لانه يراد به أثره وهو النار (أو) قال ان فعلته (فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله هو كافر لان العادة جارية به (وحروفه) أى حروف القسم (الباء) كقوله بالله لافعلن وهى الاصل فى الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقوله بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله (والواو) كقوله والله لافعلن وهو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقوله والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك ولاوه مثل ما يقال بك وبه ولا يجوز اظهار الفعل معها لا يقال احلف والله كما يقال احلف بالله (والتاء) كقوله تالله لافعلن وهو بدل من

الواو فلا تدخل الا على لفظة الله خاصة فلا يقال تالرحمن ولا تالرحيم وجاء ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها الا يقال احلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهى لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقوله لله وها الله واالله وألله وم الله ومن الله (وقد تضمر) حروف القسم كقوله الله لأفعلنّ كذا لانّ حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا حذف ولم يعوض منه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع ألف الوصل لم يجز الخفض الا فى اسم الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على أنه خبر مبتدا مضمر الا فى اسمين فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله واعمر الله (وكفارته) أى كفارة اليمين (تحرير رقبة أو اطعام عشرة مساكين) لكل واحد منهم نصف صاع من حنطة أو دقيق أو سويق أو صاع من تمر أو شعير وان دعا عشرة مساكين فغداهم وعشاهم أجزأه وكذلك ان أطعمهم خبزا ليس معه ادام وان أداهم قيمة الطعام أجزأه وكذلك ان غداهم وأعطاهم قيمة العشاء وان غداهم وعشاهم وفيهم صبى فطيم أو فوق ذلك لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد كذا ذكره الحاكم وغيره (كهما) أى كتحرير رقبة واطعام عشرة مساكين (فى الظهار) وقد مرّ بيانه هنالك مفصلا (أو كسوتهم) أى أو كسوة عشرة مساكين (بما) أى ثوب (يستر عامة البدن) وهذا أدناه عندهما وعند محمد أدناه ما تجوز به الصلاة حتى تجوز السراويل عنده لانه لابس شرعا وعنه أنه لا يجوز ان أعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الاول وفى الغاية اذا اختار المكفر الكسوة كسا عشرة مساكين لكل مسكين ثوب ازار أو رداء أو قميص أو قباء أو كساء أو جبة أو ملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا وفى السراويل اختلاف الرواية قال فى نوادر هشام لا يجوز وفى نوادر ابن سماعة يجوز كذا فى الاجناس وقال الكرخى فى مختصره لا يجوز فى ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل وذكر ابن شجاع فى كتاب الكفارات فى تصنيفه قال أبو حنيفة ان كانت العمامة قدرها قدر الازار السابغ أو ما يقطع منها قميصا يجزئ والا لم يجزه عن الكسوة وهذا كله اذا كسا رجلا فأما اذا كسا امرأة قال الطحاوى يزيد فيه الخمار لان رأسها عورة لا تجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة (فان عجز) الحانث (عن أحدها) أى عن أحد الاشياء الثلاثة وهى تحرير الرقبة واطعام عشرة مساكين وكسوتهم (صام ثلاثة أيام متتابعة) لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وقال الشافعى التتابع ليس بشرط لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور الذى يزاد بمثله على الكتاب ثم العقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وعند الشافعى عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم أعسر جاز التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا وعنده على العكس (ولا يكفر) الحالف (قبل الحنث) وقال الشافعى يجوز التكفير بالمال لقوله عليه السلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير رواه أبو داود والنسائى وهذا صريح فى جواز تقديم الكفارة لانّ كلمة ثم للترتيب وبه قال أحمد ومالك فى رواية ولنا أنّ الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث فلا يجوز وتاويل الحديث ان صح أنّ كلمة ثم فيه بمعنى الواو ولهذا لا يجب التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير أولا ثم الحنث بعده مقصولا للامر به فان قلت ما الدليل على

جواز مجيء ثم بمعنى الواو وقلت قد جاء في قوله تعالى أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحة قبل الايمان لا يعتد بها (ومن حلف على معصية) بان حلف ليشربن الخمر أو ليهجرن أباه (ينبغي أن يحنث) أى يجب عليه أن لا يباشران كان يمينه فى الفعل وأن يباشران كان فى ترك الفعل كقوله لا يصلى أو لا يصوم رمضان لقوله عليه السلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم رواه أبو داود والنسائى وهو محمول على نفى الوفاء بالمحلوف عليه (ويكفر) لوجود الحنث (ولا كفارة على كافر) فى يمينه (وان حنث) حال كونه (مسلما) وقال الشافعى عليه الكفارة بالمال دون الصوم لانها مؤاخذة وجبت لما تحقق من الهتك والكافر أهل للمؤاخذات وبه قال أحمد ولنا انها قربة وهو ليس بأهل للقربات (ومن حرم ملكه) أى حرم على نفسه شيأ مما يملكه بأن قال مالى على حرام أو ثوبى هذا أو جاريتى فلانة أو ركوب هذه الدابة وكذا لو قال ملك فلان أو ماله على حرام يكون يمينا فعن هذا عرفت أن قوله (ومن حرم ملكه) ليس بقيد بل وقع اتفاقا (لم يحرم) عليه لانه قلب المشروع ولا قدرة له على ذلك (وان استباحه) أى وان أقدم على ما حرمه بأن أراد أن يجعله مباحا لنفسه كما كان (كفر) لانه انعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعى لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع فلا ينعقد به اليمين الا فى النساء والجوارى ولو قال (كل حل على حرام) فهو واقع (على الطعام والشراب) للعرف الا أن ينوى غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ عن يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف ولا يتناول المرأة الا بالنية فاذا نواها كان ايلاء هذا كله ظاهر الرواية (والفتوى) اليوم (على انه تبين امرأته بلا نية) لغلبة الاستعمال فيه وان لم يكن له امرأة ذكر فى النوازل أنه يجب عليه الكفارة وفى الفتاوى الصغرى اختلاف المشايخ فى قوله حلال الله على حرام واختار الفقيه أبو الليث انه ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف وفى فتاوى النسفى حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف وفى الكافى للحاكم الشهيد اذا قال كل حل على حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا فهى يمين وكفرها ولا تدخل امرأته فى ذلك الا أن ينويها فاذا نواها دخلت فيه فاذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء وان لم يكن له نية فهى يمين يكفرها لا تدخل امرأته فيها فان نوى فيه الطلاق فالقول فيه كالقول فى الحرام يصح ما نوى وان نوى الكذب فهو كذب وفى الغاية اذا نوى امرأته كان ايلاء فان جامعها فى المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء ولكن مع ارادة الايلاء لا يصرف اليمين عن الطعام والشراب حتى اذا أكل أو شرب حنث كما اذا قرب (ومن نذر نذرا مطلقا) يعنى غير معلق بشرط كما اذا قال لله على صوم سنة بدون التعليق بشئ (أو) نذر نذرا (معلقا) بشرط كقوله ان شفى الله مريضى فلله على كذا (ووجد) الشرط (وفى به) أى بالمنذور وهذا اذا سمى شيأ وان لم يسم فعليه كفارة يمين فى الوجهين لكن يجب فى الحال فى المطلق وعند وجود الشرط فى المعلق وقد مر مرة مفصلا (ولو وصل بحلفه) أى بيمينه قوله (ان شاء الله بر) فى يمينه يعنى لا حنث عليه لقوله عليه السلام

من

من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وشرط أن يكون موصولا لانه بعد الانفصال رجوع ولا رجوع فى الايمان وعن ابن عباس يجوز الاستثناء المنفصل وقد مر مستوفى وعند مالك لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لان الامور كلها بمشيئة الله والحجة عليه ما روينا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك)

الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعى وأحمد على الحقيقة وعند مالك على معانى كلام القرآن (حلف) شخص (لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) بكسر الباء الموحدة متعبد اليهود (والكنيسة) متعبد النصارى (والدهليز) بكسر الدال (والظلة) وهى الساباط التى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وقيل هى التى أحد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وفى المغرب الظلة كل ما أظلك من بناء أو جبل أو سحاب أى سترك وألقى عليك ظله وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب وفى طلبة الطلبة هى التى تظل عند باب الدار وفى الصحاح كهيئة الصفة وانما لا يحنث بالدخول فى هذه المواضع لانها ما بنيت للبيتوتة والبيت اسم لما اعد لها وقيل ان كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وعند أحمد يحنث بدخوله الكعبة والمسجد فى لا يدخل بيتا (و) لا يحنث ايضا بدخول (الصفة) لانه لا يطلق عليها اسم البيت لانه يقال هذه صفة وليس ببيت كذا فى المبسوط وقال صاحب النهاية الاصح عندى أن يحنث لان البيت اسم لشئ مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة وهذا موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة الا أن يكون نوى البيت دون الصفة فيدين وفى الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها فى الصيف قيل هذا على عرف أهل الكوفة لان صفافهم كانت ذات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب الكتاب انها لا تبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة فلا يكون بيتا قلت لا شك أن الصفة هى التى يكون لها ثلاثة حيطان وسقف ويبات فيها ولكن ليس عليها مرزم فان أراد البيت الذى له مرزم ينبغى أن لا يحنث بالصفة وان لم يكن له نية أو أراد ما يبات فيه عادة فينبغى أن يحنث والله أعلم (وفى) حلفه لا يدخل (دارا) لا يحنث (بدخولها) أى بدخول الدار حال كونها (خربة وفى) حلفه لا يدخل (هذه الدار يحنث) اذا دخلها خربة (وان بنيت أخرى بعد الانهدام) والفرق بينهما أن الدار اسم للعرصة حقيقة وعرفا والبناء فيها من التوابع والاوصاف الا أن الوصف فى الغائب معتبر وفى الحاضر لغو فكأنه قال لا أدخل هذه العرصة المبنية فيلغو الوصف مع الاشارة اذ الوصف للتعريف والاشارة أبلغ فيه (وان جعلت) الدار فى قوله لا يدخل هذه الدار ثم خربت (بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا) يحنث بدخوله فيه لزوال الاسم بخلاف ما لو جعلت دارا الا ان الاسم كان باقيا وهى صحراء حتى يحنث بالدخول فيها ومثل هذا بقوله (كهذا البيت) أى كما لا يحنث فى حلفه لا يدخل هذا البيت (فهدم) ثم دخله (أو بنى) فى موضعه بيت (آخر) فدخله لما قلنا ان البيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان فدخله يحنث لان السقف وصف

فيه كالبناء في الدار وأما اذا بني بيت آخر فلما قلنا ان الوصف في الحاضر لغو مع الاشارة (والواقف على السطح داخل) حتى لو حلف لايدخل دار فلان فوقف على سطحها يحنث لان السطح من الدار ألا ترى أن سطح المسجد حكم المسجد حتى لايبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يجوز التخلي فيه والمختار أن لا يحنث في العجم لان الواقف على السطح لايسمى داخلا عندهم وعلى هذا الورق على شجرة في الدار أو على حائط الدار لايحنث عندهم (و) الواقف (في طاق الباب لا) أى ليس بداخل حتى لو حلف لايدخل هذه الدار أو هذا البيت فوقف على طاق الباب لايحنث هذا اذا كان بحيث لو أغلق الباب كان خارجا ولو دخل كنيفها وهو شارع الى الطريق ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء) أى كاحداث هذه الاشياء حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لايركب هذه الدابة وهو راكبها أو لايسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان يحنث لان لهذه الافعال دواما بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى التوقيت فدل على أن للدوام حكم الابتداء ولو نزع الثوب للحال أو نزل عن الدابة أو انتقل للحال لايحنث خلافا لزفر (لا دوام الدخول) كالانشاء لما ذكرنا حتى لو حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج منها ثم يرجع فيدخلها وعن بعض الشافعية يحنث وهو القياس ولو حلف (لايسكن هذه الدار أو) حلف لايسكن هذا (البيت أو) حلف لايسكن هذه (المحلة فخرج) بنفسه (وبقي متاعه واهله) فيها (حنث) لان يمينه انعقدت على السكنى وهو يكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن عرفا وعند الشافعي لا يحنث لو خرج بنية الانتقال وعن مالك لو أقام يوما وليلة حنث وفي الاقل لا وعنه يعتبر نقل عياله فقط وفي المصر والقرى لايحنث بالاجماع ثم قال أبو حنيفة في هذه المسئلة يحنث ان لم ينقل متاعه كله بحيث لو بقي منه وتد وقال أبو يوسف يعتبر بقاء الاكثر وقال محمد المعتبر في ذلك نقل ما يقوم به ضروراته وهذا أرفق بالناس وعليه الفتوى ولو أبت المرأة أن تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه أو منع هو من الخروج أو منع متاعه فتركه أو وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئي الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما في الصحيح ولو كانت اليمين في جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى أصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار أخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كان له أمتعة كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه أن يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى وأما اذا كان ساكنا في عيال غيره كالابن في بيت أبيه أو بالعكس أو الزوجة في بيت الزوج لم يحنث بترك المتاع (بخلاف المصر) أى بخلاف ما اذا حلف لايسكن هذا المصر فخرج بنفسه وترك متاعه وأهله فيه لم يحنث لما ذكرنا والقرية كالمصر في الصحيح ولو حلف (لايخرج) من البيت أو المسجد مثلا (فأخرج) حال كونه (محمولا بأمره حنث) لانعقاد اليمين على فعل نفسه وفعل المأمور مضاف اليه بواسطة أمره فانتقل اليه حكما (و) ان أخرج لا بأمره ولكن أخرج (برضاه أو) أخرج حال كونه (مكرها

لا)

لا) يحنث أما فى الاول فلان انتقال الفعل الى غير الفاعل حقيقة بواسطة الامر لا بمجرد الرضا وعن مالك لو لم يستصعب على الحامل حنث وأما فى الثانى فلعدم فعله حقيقة وهو ظاهر وحكما لعدم الامر منه ثم شبه عدم الحنث فى هذا بعدم الحنث فى مسئلة أخرى بقوله (كلا يخرج) أى كما لا يحنث فى قوله لا يخرج (الا الى جنازة فخرج اليها) أى الى الجنازة (ثم أتى حاجة) أخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف (لا يخرج او) حلف (لا يذهب الى مكة فخرج يريدها) اى مكة (ثم رجع) قبل الوصول اليها (حنث) لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج عرفا والذهاب كالخروج فى الصحيح وقال نصر بن يحيى هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى جنازة (وفى) قوله (لا يأتيها) أى لا يأتى مكة (لا) يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه ولا تشترط النية عند الانفصال للحنث فى الاتيان بل اذا وصل يحنث نوى او لم ينو بخلاف الخروج والذهاب لانه متنوع ولو حلف (ليأتينه) اى زيدا مثلا او البصرة ونحوها (فلم يأته حتى مات حنث فى آخر) جزء من اجزاء (حياته) لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا يتحقق الا بما ذكرنا لان البر مرجو ما دام حيا ولو حلف (ليأتينه ان استطاع فهى) اى الاستطاعة (استطاعة الصحة) لانها فى العرف سلامة الاسباب والآلات وارتفاع الموانع الحسية فعند الاطلاق ينصرف اليه (ولو نوى القدرة دين) اى صدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى رواية يصدق قضاء أيضا وهى الحقيقة التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة والجماعة ولو حلف (لا تخرج) امرأته (الا باذنى شرط لكل خروج اذن) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة اخرى يحنث لانه استثنى خروجا ملصقا بالاذن لان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون كذلك كان داخلا فى اليمين وصار شرطا للحنث والحيلة فى ذلك أن يقول لها كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد (بخلاف الا أن) أى بخلاف ما اذا قال الا ان آذن لك (و) بخلاف قوله (حتى) آذن لك فانه بالاذن مرة ينتهى اليمين حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه لا يحنث لان كلمة حتى للغاية فينتهى اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها فان قلت يرد عليه قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز الدخول قلت تكرار الاذن فيه عرف بدليل آخر من خارج وهو أن دخول دار انسان بغير اذنه حرام ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا (ولو أرادت) المرأة (الخروج) من البيت (فقال الزوج ان خرجت) فانت طالق (أو أراد رجل) (ضرب العبد فقال) الآخر (ان ضربت) أى العبد فهو حر (تقيد حلفه به) أى بذلك الخروج وبذلك الضرب حتى لو قعدت المرأة ثم خرجت أو ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث لان المطلق يتقيد بالحال (كاجلس) أى كما يتقيد فى قوله اجلس (فتغد عندى فقال) المخاطب (ان تغديت) فعبدى حر يحنث بالغداء المدعو اليه حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث لما ذكرنا (ومن كب عبده)

أى عبد شخص (كمركبه) أى كمركب الشخص ويتناوله اللفظ ويدخل فيه (ان نوى و) الحال انه (لادين به) أى بالعبد ولو قال عليه كان أولى صورته قال ان ركبت دابة فلان فعبدى حر ولم ينو دابة العبد فركبها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك وان لم يكن عليه دين أو كان عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف يحنث فى الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه فلا بد من النية وقال محمد يحنث فى الوجوه كلها نوى أو لم ينو اعتبارا للحقيقة وبه قالت الثلاثة وله انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما فى يده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وان لم يكن دينا مستغرقا يملك ما فى يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا فتختل الاضافة اليه فلا يدخل الا بالنية

هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام)

الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان أو غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال الشئ الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا السويق فشربه لا يحنث وكذا بالعكس بان حلف لا يشرب هذا اللبن فثرد فيه فأكله لا يحنث لان هذا ليس بشرب والاول ليس بأكل ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان هذا المص نوع ثالث ليس بأكل ولا شرب وقيل الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة ولو حلف (لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها) أى بأكل ثمرها لانصراف يمينه اليه مجازا بالاجماع فيحنث بجميع ما يخرج منها من جمار أو بسر أو رطب أو طلع أو دبس يخرج من ثمرها وكذا اذا قال من هذا الكرم ينصرف الى ما يخرج منه من عنب وحصرم وشرطه أن لا يتغير بصنعة حادثة حتى لا يحنث بالنبيذ والناطف والدبس والمطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشاة حيث يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانها ماكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر كالصفصاف ونحوه ينصرف اليمين الى ثمنها وفى فتاوى الولوالجى وان أكل من عين النخلة لا يحنث وان نواها لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام (ولو عين البسر) بأن حلف لا يأكل هذا البسر (والرطب) بأن حلف لا يأكل هذا الرطب (واللبن) بأن حلف لا يأكل هذا اللبن (لا يحنث برطبه) أى بأكل رطب البسر يعنى بعد ما صار البسر رطبا (و) لا يحنث أيضا بأكل (تمره) أى تمر الرطب يعنى بعد ما صار الرطب تمرا (و) لا يحنث أيضا بأكل (شيرازه) أى شيراز اللبن بعد ما صار اللبن شيرازا وهو اللبن الرائب اذا استخرج منه ماؤه حتى صار صقراطا كالفالوج الخاثر والصقراط معرب جغرات وذلك لان صفة البسورة والرطوبة وصفة اللبنية داعية الى اليمين فتتقيد به (بخلاف) ما اذا حلف لا يكلم (هذا الصبى وهذا الشاب) فكلمهما بعد ما شاخا حنث لالغاء الشرع هذا الداعى فى الوصف وعند الثلاثة لا يحنث فى هذا أيضا (و) بخلاف ما اذا حلف لا يأكل (هذا الحمل) فأكله بعد ما صار كبشا لانه ليس فيه صفة داعية الى اليمين فيحنث وعند الثلاثة لا يحنث أيضا ولو حلف (لا يأكل بسرا) من غير تعيين (فأكل رطبا لم يحنث)

لانه لم يا كل المحلوف عليه (وفى) حلفه (لا يا كل رطبا أو) حلف لا يا كل (بسرا أو لا يا كل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب) أى حنث با كل المذنب بكسر النون وهو الذى فى ذنبه قليل بسر أو قليل رطب وهذا عندهما لانه أ كل ما حلف عليه وغيره فيحنث به وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاسم يقع على الغالب فلا يحنث بالمغلوب وبه قالت الثلاثة وجعل فى الهداية قول محمد مع أبى يوسف وذكره فى المبسوط والايضاح والاسرار وشروح الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع أبى حنيفة (ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب فى) حلفه (لا يشترى رطبا) لان القليل تابع للكثير والكباسة بكسر الكاف وهى العرجون ويسمى العنقود أيضا وبالفارسية خوشة (و) لا يحنث (بسمك) أى با كل سمك (فى) حلفه (لا يا كل لحما) لاجل العرف حتى لو وكل رجلا بشراء لحم فاشترى لحم سمك لا يلزمه والقياس ان يحنث وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وفى المجمع وهو قول أبى يوسف أيضا (ولحم الخنزير) كلام اضافى مبتدأ (والانسان) بالجر عطف على الخنزير أى ولحم الانسان (والكبد والكرش) مرفوعان عطفا على اللحم وقوله (لحم) خبر المبتدا فاذا كانت هذه الاشياء لحما يحنث با كلها فى يمينه لا يا كل لحما الا أن لحم الخنزير والآدمى حرام واليمين قد ينعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزنى أو لا يكذب يصح يمينه ولو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة وعن بعض الاصحاب لا يحنث با كل لحم الخنزير والآدمى ذكره العتابى وبه قال بعض المالكية وعند الشافعى وأحمد لا يحنث فى كبد وكرش وكذا الرئة والطحال عندنا خلافا لهما فى الرئة وفى المحيط لا يحنث با كل الكبد والكرش فى عرفنا ويحنث عند أهل الكوفة (و) لا يحنث أيضا (بشحم) أى با كل شحم (الظهر) وشرائه وبيعه (فى) حلفه (لا يا كل شحما) أو لا يشتريه أو لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة هذا عند أبى حنيفة وقالا يحنث بشحم الظهر أيضا وبه قال الشافعى فى وجه وأحمد فى رواية لقوله تعالى الا ما حملت ظهورهما والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس لانه الحقيقة وله ان شحم الظهر هو اللحم السمين وما ذكر فى النص استثناء منقطع وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وقيل هذا اذا حلف بالعربية وأما اسمه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر اصلا (و) لا يحنث أيضا (بألية) أى با كل ألية أو شرائها (فى) حلفه لا يا كل (لحما أو شحما) أو لا يشترى شحما أو لحما لانه نوع ثالث فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا وعند احمد وبعض الشافعية يحنث فى لا يا كل لحما شحما ولا يشتريه (و) لا يحنث ايضا (بالخبز) اى با كل الخبز (فى) حلفه لا يا كل من (هذا البر) وكذا اذا أ كل من سويقه عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يحنث با كل الخبز منه لا بالسويق وبه قالت الثلاثة وقال محمد يحنث فيهما وان قضمه حنث بالاجماع وضع المسئلة فى المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام انه ينبغى أن يكون جواب أبى حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم تكن له نية وأما اذا نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه أو محتمله وهو المجاز والاصل فى هذه المسئلة أن الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما على العكس (وفى) حلفه لا يأ كل من (هذا الدقيق حنث بخبزه) أى بأ كل خبزه لان عينه لا تؤ كل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه (لا) يحنث (بسفه) أى بسف الدقيق لما ذكرنا وعند الشافعى ومالك يحنث بسفه أيضا (والخبز ما اعتاده) أهل (بلده) أى بلد الحالف حتى لو حلف فى مصر أو الشام أن لا يأ كل

الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان ينصرف الى خبز الارز وفى زبيد ينصرف الى خبز الذرة والدخن ولو أكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لا يحنث وكذا اذا أكل خبز القطائف الا أن ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا وعند الشافعى ومالك يحنث بأى خبز كان (والشواء والطبيخ يطلقان (على اللحم) حتى لو حلف لا يأكل شواء أو طبيخا يحنث بأكل اللحم المشوى وما طبخ من اللحم دون الباذنجان والجزر المشويين وعند الشافعى ومالك يقع على كل شواء بلا نية واذا أكل القلية اليابسة لا يحنث لانه لا يسمى طبيخا وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا (والرأس ما يباع فى مصره) أى فى مصر الحالف حتى لو حلف لا يأكل رأسا فيمينه على رؤس تكبس فى التنانير وتباع فى مصره لانا نعلم انه لا يريد به رأس كل شئ فان رأس الجراد والعصفور لا يدخل تحته وكان أبو حنيفة أولا يقول يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ثم رجع فقال يحنث فى رأس البقر والغنم خاصة وقالا لا يحنث الا فى رأس الغنم خاصة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وعند الشافعى يحنث برأس الابل أيضا وعند مالك يحنث بكل رأس (والفاكهة التفاح والبطيخ) بكسر الباء سواء كان أصفر أو أخضر (والمشمش) والخوخ والتين والاجاص والكمثرى والقراصيا ونحوها حتى اذا حلف لا يأكل فاكهة يحنث بكل هذه الاشياء لان الفاكهة اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله أى يتنعم به وهذا المعنى ثابت فى هذه الاشياء الا البطيخ فانهم اختلفوا فيه فعن شمس الائمة السرخسى انه ليس من الفاكهة لان ما لا يكون يابسه فاكهة لا يكون رطبه فاكهة وفى المحيط اليابس من أثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة فى عامة البلدان وعن الشافعى وأحمد فيه وجهان (لا العنب) أى ليس العنب بفاكهة وكذلك الرمان والرطب عند أبى حنيفة حتى لو حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا لا يحنث عنده وقالا يحنث لانها فاكهة لان معنى التفكه فيها موجود وبه قالت الثلاثة وله ان معنى التفكه فيها قاصر لانها صالحة للتغذى والتداوى فلا يدخل فى اسم الفاكهة المطلقة قيل هذا اختلاف زمان لا برهان والخلاف أيضا فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وكذا القثاء والخيار ليسا من الفاكهة لانهما من البقول تبعا لانهما يوضعان على الموائد مع البقول فلا يحنث بأكلهما وكذلك الفاقوس والعجور (والادام ما يصطبغ به) أى يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك يكون بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا يأتدم لا يحنث الا بالمائع (كالخل والملح والزيت والعسل) والدبس والملح وان كان لا يؤكل وحده عادة ولكنه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط بالخبز (لا اللحم) بالجر عطف على ما قبله أى ليس (كاللحم والبيض والجبن) بتشديد النون فانها ليست بادام عندهما لانه مأخوذ من المؤادمة ومنه يقال أودم الله بينكما أى ألف وانما هو بالاختلاط ولم يوجد وعند محمد هذه ادام لانه قد يؤتدم بها عرفا وبه قالت الثلاثة وأخذ الشيخ أبو الليث به وهو رواية عن أبى يوسف أيضا فان قلت ورد فى الحديث سيد ادام أهل الجنة اللحم قلت هو فى الجنة وكلامنا فى الدنيا وانه لا يلزم من كونه سيد الادام أن يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم وهذا الخلاف أيضا فيما اذا لم ينو وان نوى فعلى ما نوى اجماعا (والغداء الاكل من الفجر الى الظهر) فان حلف لا يتغدى فأكل فى هذا الوقت حنث فان أكل قبله أو بعده لا يحنث

ومقدار

ومقدار ما يحنث به من الاكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة وجنس المأكول يشترط أن يكون مما يأكله أهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد بهذا الوقت (والعشاء منه) أى من الظهر (الى نصف الليل) فلو حلف لا يتعشى فأكل فى هذا الوقت حنث (والسحور منه) أى من نصف الليل (الى) طلوع (الفجر) فلو حلف لا يتسحر فأكل فى هذا الوقت حنث لانه مأخوذ من السحر وهو ما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر اطلاقه على ما بعد نصف الليل لقرب السحر ولو حلف وقال (ان لبست) فعبدى حر (أو) قال ان (أكلت) فعبدى حر (أو) قال ان (شربت) فعبدى حر (ونوى) شيأ (معينا) بأن قال نويت الحرير أو الخبز أو الفقاع ونحوه (لم يصدق أصلا) يعنى لا قضاء ولا ديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها لتعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن أبى يوسف انه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاص والشافعى (ولو زاد) الحالف (ثوبا) بعد قوله ان لبست (أو) زاد (طعاما) بعد قوله ان أكلت (أو) زاد (شرابا) بعد قوله ان شربت (دين) يعنى يصدق ديانة لانه نكرة فى الشرط فتعم كما تعم فى النفى لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى ولو حلف (لا يشرب من دجلة) فيمينه (على الكرع) وهو تناول الماء بفيه من موضعه وهذا عند أبى حنيفة لانه حقيقة مستعملة وعندهما يحنث بالشرب من مائها باناء للتعارف وبه قالت الثلاثة (بخلاف) ما لو حلف لا يشرب (من ماء دجلة) فانه يحنث بالاجماع كيفما شرب باناء أو غيره لان الشرط شرب ماء منسوب الى دجلة والغرف لا يقطع النسبة وكذا لو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم من الخلاف والوفاق ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث فى يمينه لا يشرب من الفرات ويحنث فى يمينه لا يشرب من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أى موضع كان ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه فى كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة ولو قال رجل (ان لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا) أى فامرأتى طالق أو عبدى حر (و) الحال انه (لا ماء فيه) أى فى الكوز (أو كان) فيه ماء (فصب) قبل غروب الشمس (أو أطلق) اليمين أى لم يقل اليوم (و) الحال انه (لا ماء فيه) أى الكوز (لا يحنث) فى هذه الصور كلها عندهما خلافا لابى يوسف وأحمد وعند الشافعى وأحمد لو تلف بلا اختياره لا يحنث والاصل فى هذا وأمثاله ان كون البر متصورا شرط فى انعقاد اليمين المطلقة عن الوقت وفى بقاء المقيدة بالوقت عندهما لان حكم اليمين وجوب البر فاما الكفارة فهى خلف عنه عند عجزه فاذا لم يمكن البر لعدم تصوره لا تجب الكفارة وعند أبى يوسف ليس بشرط لان اليمين قد ينعقد على ما لا يتصور عادة كقوله والله لأمسن السماء أو لأحولن هذا الحجر ذهبا ينعقد ويحنث فى الحال لعدم امكان البر عادة (وان كان) الماء فيه (فصب حنث) أى فى المطلق وهو ما اذا لم يقل اليوم لان اليمين انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث فى ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا بلا خلاف ولو حلف وقال (ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا) تنعقد يمينه وللعجز (حنث للحال) لانه متصور فى الجملة وقال زفر لا ينعقد أصلا لانه مستحيل عادة فلا يحنث وبه قال الشافعى فى قول

ولو حلف (لا يكلمه) أى فلانا (فناداه و) الحال انه (هو نائم فأيقظه أو) حلف لا يكلمه (الا باذنه فأذن له ولم يعلم) الحالف بالاذن (فكلمه حنث) فى الوجهين جميعا أما الاول فلانه كلمه وأسمعه فيحنث ولولم يوقظه ذكر القدورى انه اذا كان بحيث يسمع لولم يكن نائما يحنث والمختار الاول وقيل هو على الخلاف عند أبى حنيفة يحنث خلافا لهما وأما الثانى فلأن الاذن مشتق من الأذان الذى هو الاعلام أو من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا وبه قال الشافعى ولو كاتبه أو أرسل اليه رسولا أو أشار اليه لا يحنث خلافا لاحمد وعن مالك فى الكتابة يحنث لا فى الرسالة وفى الاشارة عنه روايتان ولو سلم على جماعة وهو فيهم حنث لانه للجميع وان نواهم دونه دين لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين ولو كان المؤتم هو الحالف فكذلك خلافا لمحمد ولو سبح أو فتح عليه فى الصلاة لا يحنث وفى خارجها يحنث ولو قرع الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو قال لبى بلا كاف يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه فيه اختلاف الروايتين ولو حلف (لا يكلمه) أى فلانا (شهرا فهو) أى ابتداء مدة اليمين (من حين حلف) لانه لولم يذكر الشهر يتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه هو الداخل بدلالة الحال (ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح) أو هلل أو كبر (لم يحنث) سواء كان فى الصلاة أو خارجها لانه لا يسمى متكلما عادة وشرعا وقال الشافعى يحنث مطلقا لوجود التكلم حقيقة ولو قال (يوم أكلم فلانا) فامرأتى طالق أو عبدى حر فهو (على الجديدين) أى على الليل والنهار لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد وقد مر مستقصى (فان عنى) أى قصد وفى بعض النسخ فان نوى (النهار خاصة صدق) ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وعن أبى يوسف لا يصدق قضاء لانه نوى خلاف المتعارف (و) لو قال (ليلة أكلمه) أى فلانا فامرأتى طالق فهو (على الليل) خاصة لان حقيقته فى سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة ولم يجعل استعماله فى مطلق الوقت بخلاف اليوم وهما ضدان ولو قال (ان كلمته) أى فلانا (الا أن يقدم زيد أو) قال ان كلمته (حتى) يقدم زيد (أو) قال ان كلمته (الا أن يأذن) زيد (أو) قال ان كلمته (حتى) يأذن زيد (فكذا) اى فامرأته طالق أو فعبده حر (فكلم) الحالف فلانا (قبل قدومه) أى قبل قدوم زيد (أو) كلمه قبل (اذنه حنث) فى الوجوه كلها لبقاء اليمين (ولو) كلمه (بعدهما) أى بعد القدوم والاذن (لا) يحنث لانتهاء اليمين (وان مات زيد) الذى قدومه شرط فى الوجه الاول والثانى واذنه شرط فى الثالث والرابع (سقط الحلف) أى اليمين لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصورا لوجود فسقطت خلافا لابى يوسف لان عنده التصور ليس بشرط فعنده سقوط الغاية يتأبد اليمين ولو حلف (لا يأكل طعام فلان أو) حلف (لا يدخل داره) أى دار فلان (أو) حلف (لا يلبس ثوبه) أى ثوب فلان (أو) حلف (لا يركب دابته) أى دابة فلان (أو) حلف (لا يكلم عبده) أى عبد فلان (ان أشار) الحالف بأن قال والله لا آكل طعام فلان هذا أو لا يدخل داره هذه أو لا يلبس ثوبه هذا أو لا يركب دابته هذه أو لا يكلم عبده هذا (وزال ملكه) أى ملك فلان بان باع هذه الاشياء (و) بعد ذلك

(فعل)

(فعل) الحالف بان أكل ذلك الطعام اودخل تلك الدار أولبس ذلك الثوب أوركب تلك الدابة اوكلم ذلك العبد (لايحنث) لان للاضافة تأثيرا كما للاشارة فيعتبران ويكون شرط الحنث أكل الطعام المضاف الى فلان وكذا باقيه فلم يوجد فبطلت اليمين وعند محمد يحنث فى العبد والدار لان الاشارة معتبرة والاضافة لغو فتعلقت اليمين بالعين وبه قال زفر والثلاثة (كما) لايحنث (فى المتجدد) أى بالمستحدث من الطعام والدار والثوب والدابة والعبد فى هذه الصور وهى ما اذا قال لايأكل طعام فلان هذا أولايدخل داره هذه وزال ملكه عنهما ثم استحدث له طعام أودارا فاكله اودخلها لايحنث لوقوع اليمين على المشار اليه (وان لم يشر) الحالف بان لم يقل هذا بعد قوله والله لا آكل طعام فلان (لايحنث) بمباشرة ماحلف عليه (بعد الزوال) اى بعد زوال ملك فلان عن الطعام واخواته لماذكرنا (وحنث) الحالف (بالمتجدد) لوجود شرط الحنث وهو النسبة والاضافة الى فلان وعدم الاشارة (وفى الصديق) بأن قال والله لاأكلم صديق فلان (والزوجة) بأن قال والله لاأكلم زوجة فلان (فى المشار) وهو قوله صديق فلان هذا أوامرأته هذه (يحنث) بمباشرة ماحلف عليه (بعد الزوال) أى بعد زوال الصداقة بين فلان وصديقه وبعد زوال الزوجية بين فلان وامرأته بالابانة لان الاضافة لاتأثيرلها فيهما فترجح جانب الاشارة لكونها أبلغ فى التعريف وهذا بالاجماع (و) فى الصديق والزوجة (فى غير المشار) اليه منهما بأن قال لاأكلم صديق فلان أوزوجته فزالت النسبة اليه بأن عادى صديقه أوطلق زوجته فكلمهما بعد ذلك (لا) يحنث عندهما وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما ان هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه يدل على ذلك فلايحنث مع الاحتمال بالشك (وحنث بالمتجدد) أى بالمستحدث فى الصديق والزوجة فى هذه الصورة وهى ما اذا حلف لايكلم صديق فلان أوزوجته ولم يشر اليهما وهذا عندهما وعند محمد لايحنث وهو مبنى على ماتقدم هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى مانوى لانه نوى محتمل كلامه ولوحلف (لايكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه) أى فباع صاحب الطيلسان طيلسانه (فكلم) الحالف اياه (يحنث) لان الامتناع لذاته لاللطيلسان ولهذا لوكلم المشترى لايحنث (الزمان) مبتدأ (والحين) عطف عليه (ومنكرهما) أى ومنكر الزمان والحين وهو الذى يكون بلاألف ولام وقوله (ستة اشهر) خبره حتى لوقال لاأكلم فلانا الزمان أوالحين أوزمانا أوحينا فهو على ستة أشهر كذا نقل عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وعند الشافعى الزمان والحين ساعة وعند مالك سنة هذا اذا لم تكن له نية وأما اذا نوى شيأ فعلى مانوى لانه محتمل كلامه (والدهر) مبتدأ بأن قال لاأكلم فلانا الدهر بالالف واللام (والابد) عطف عليه بأن قال لاأكلم فلانا الابد وقوله (العمر) خبره أى فهو العمر لان المعرف منهما يراد به الابد قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر أى الابد وقال عليه السلام من صام الابد فلاصيام له أى عمره كله وعند الشافعى وأحمد يقع على ساعة وعند مالك على سنة (ودهر مجمل) مبتدأ وخبر والمسوغ كون المبتدا معطوفا أراد ان المنكر من الدهر مجمل عند أبى حنيفة يعنى لم يفسره وتوقف فيه حيث قال لاأدرى ما الدهر وهذا من جلالة قدره وكمال عقله توقف فيما اختلف أرباب اللغة فى تقديره

وقيل انما قال لا أدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر انه عليه السلام قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر ومما يناسب ذكره ههنا ما قال بعضهم

من قال لا أدرى بعالم يدره * فقد اقتدى فى الفقه بالنعمان
فى الدهر والخنثى كذا الجوابه * ومحل أطفال ووقت ختان

وقالا هو كالحين يقع على ستة أشهر وبه قالت الثلاثة وروى أبو يوسف ان التعريف والتنكير سواء عند أبى حنيفة (والايام وأيام كثيرة والشهور والسنون عشرة) من كل صنف عند أبى حنيفة فلو قال لا أكلمه الايام او أياما كثيرة يقع على عشرة أيام وان قال لا أكلمه الشهور فهو عشرة أشهر وان قال لا أكلمه السنين فهو عشر سنين لان أقصى ما ينتهى اليه اسم الايام عشرة يقال ثلاثة أيام الى عشرة أيام وبعده يتكرر ويقال احد عشر وكذلك الشهور والسنون وقالا فى الايام اسبوع وفى الشهور شهور السنة وفى السنين العمر لان المعرف ينصرف الى المعهود وهو أيام الاسبوع وفى الشهور شهور السنة لانها المعهودة وليس للسنين معهود فانصرف الى العمر وبه قالت الثلاثة فى الشهور والسنين (ومنكرها) أى منكر الايام والشهور والسنين (ثلاثة) من كل صنف فلو قال والله لا أكلم فلانا أياما فهو على ثلاثة أيام ولو قال شهورا فهو على ثلاثة أشهر ولو قال سنين فهو على ثلاث سنين بالاجماع لانه جمع منكر فيتناول الاقل للتيقن به

* هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الطلاق والعتاق) *

ولو قال رجل لامرأته (ان ولدت فأنت كذا) أى طالق (حنث بالميت) أى بالولد الميت يعنى طلقت امرأته اذا ولدت ولدا ميتا لوجود الولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنقضى به العدة والدم الذى بعده نفاس وتصير الامة به أم ولد وترجى شفاعته يوم القيامة (بخلاف) ما اذا قال ان ولدت ولدا (فهو حر) حيث يشترط أن يكون حيا عند أبى حنيفة حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى عنده وقالا لا يعتق واحد منهما لتحقق الشرط بولادة الميت فتنحل اليمين لا الى جزاء وله انه جعل الحرية وصفا للمولود فيتقيد بولادة الحى نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله وعلى هذا الخلاف لو قال أول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد عنده بوصف الحياة حتى لو ولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال أول ولد تلدينه حيا أو قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا ولو قال (اول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد فيعتق (ولو ملك عبدين) معا (ثم) ملك (آخر لا يعتق واحد منهم) أى من العبيد الثلاثة لعدم وجود الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم السبق (ولو زاد) الحالف على كلامه الاول لفظة (وحده) بأن قال أول عبد اشتريه وحده أو أملكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى واحدا بعدهما (عتق الثالث) لانه يراد به الانفراد فى حالة الشراء لان وحده للحال يقال جاء زيد وحده أى منفردا فيشترط انفراده فى حالة الشراء ولم يسبقه أحد بهذه الصفة فكان أولا ولو قال واحدا موضع وحده لا يعتق الثالث لان وحده يقتضى الانفراد فى الفعل المقرون به ولا يقتضى الانفراد فى الذات وواحدا يقتضى الانفراد فى الذات يظهر ذلك فى قوله ما فى الدار رجل واحد وما فى

الدار

الدار رجل وحده فانه اذا كان فيها رجلان كان الاول كاذبا والثانى صادقا ولو قال اول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلا تقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه بخلاف ما اذا قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل فى المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيأ واحدا بخلاف الثياب والعبيد (ولو قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ومات) الحالف (لم يعتق) العبد لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا فلا يعتق (فلو اشترى عبدا) فى قوله آخر عبد أملكه فهو حر (ثم) اشترى (عبدا فمات) الحالف (عتق) العبد (الآخر) لانه فرد لاحق (مذ ملك) أى من حين ملك وهو وقت الشراء حتى يعتبر من جميع المال ان كان اشتراه فى صحته عند أبى حنيفة وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية تثبت بعدم شراء غيره بعده وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت وله ان الآخرية تثبت للثانى كما اشتراه الا ان هذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شراء غيره فاذا مات ولم يوجد ما يبطل صفة الآخرية تبين انه كان آخرا منذ اشتراه فعتق من ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا يقع عند الموت عندهما وترث بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لابعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه ولو قال رجل (كل عبد بشرنى بكذا) بقدوم زيد مثلا من سفره أو بعافية مريضه (فهو حر فبشره) بذلك (ثلاثة) أعبد (متفرقون عتق) المبشر (الاول) لتحقق البشارة من الاول دون الباقين لانها اسم لخبر سار ليس للمبشر به علم وقد حصل ذلك بالاول بخلاف الخبر حيث لا يشترط عدم العلم به حتى لو قال من أخبرنى بقدوم فلان فهو حر فأخبره ثلاثة متفرقون عتقوا لكنه يشترط أن يكون صدقا كما فى البشارة ولو أرسل اليه العبد عتق فى البشارة والخبر لان الكتابة والمراسلة تسمى بشارة وهذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة (وان بشروه) أى ان بشر العبيد الثلاثة المولى بذلك (معا) أى مجتمعين (عتقوا) كلهم لتحقق البشارة من الجميع (وصح شراء ابيه للكفارة) بأن كانت عليه كفارة صوم أو ظهار أو غيرهما فاشترى أباه العبد لذلك يصح ويجزئ عن الكفارة وقال زفر والشافعى لا يجوز والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا فعندهما علة العتق القرابة فالنية لم تتصل بها فلا يصح وعندنا شراء القريب اعتاق قال عليه السلام لا يجزئ ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة غير البخارى أى يعتقه بذلك الشراء لانه لا يحتاج للعتق الى شئ آخر وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه (لا) يصح (شراء من حلف بعتقه) بأن قال لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لا يجزئه وهو المراد بقوله لا شراء من حلف بعتقه حتى لو اقترنت النية به بأن قال لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة يمينى فاشتراه فانه يعتق ويجزى عن الكفارة (و) لا يصح أيضا شراء (أم ولده)

صورته أن يقول لامة غيره وقد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لعدم مقارنة النية علة العتق فى ذلك الوقت فان قلت المعلق بالشرط كالمنجز عنده فيكون علة فى ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه قلت هو كالمنجز فى ذلك الوقت حكما لا حقيقة ولو قال (ان تسريت أمة فهى حرة صح) كلامه (لو) كانت الامة (فى ملكه) يوم حلف حتى لو تسرى أمة كانت فى ملكه يوم حلف عتقت لانعقاد اليمين فى حقها لانها تتناول المملوكة فى ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة فى سياق الشرط وهى كالنفى (والا) أى وان لم تكن الامة فى ملكه يوم حلف (لا) يصح حتى لو اشترى أمة وتسرى بها لا تعتق وقال زفر تعتق لان التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكرا للملك ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح فى الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها فى حقها فلا يصح وطلب الولد ليس بشرط فى التحصين للتسرى خلافا لابى يوسف حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده ولو قال (كل مملوك لى فهو حر عتق عبيده وأمهات ولاده ومدبروه) لان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه لهؤلاء كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال أردت به الرجال دون النساء صدق ديانة لا قضاء بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض أو بالعكس حيث لا يصدق ديانة وقضاء ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ المملوك (لا) يعتق (مكاتبه) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة الا أن ينويه ومن قال لنسوة له (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير فى الاولين) لان أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين (وكذا العتق) بأن قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاولين لما بينا (و) كذا (الاقرار) بان قال لفلان على الف أو لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث والنصف الآخر ان شاء المقر جعله للاول وان شاء جعله للثانى والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها)

(ما) أى كل شئ (يحنث) فيه (بالمباشرة) بنفسه (لا) يحنث فيه (بامر) منه لغيره هو (البيع والشراء والتزويج والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد) حتى لو حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يؤاجر أو لا يستأجر أو لا يصالح عن مال أو لا يقاسم أو لا يخاصم فلانا او لا يضرب ولده فوكل من يفعل ذلك لم يحنث لان صدور هذه الاشياء من غيره فلم يوجد شرط الحنث من الحالف وعند الثلاثة يحنث الا عن الشافعى فى الاظهر لا يحنث ولو نوى أن لا يأمر به غيره يحنث بالامر أيضا لان فيه تشديدا وكذا اذا كان الحالف ذا سلطان لا يتولى هذه الامور بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده فيحنث بفعل المأمور (وما) أى كل شئ (يحنث) فيه (بهما) أى بالمباشرة بنفسه وبالامر أى بالتوكيل لغيره هو (النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة

والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء

والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) حتى لو حلف لا يتزوج أو لا يطلق امرأته أو لا يخالعها أو لا يعتق عبده أو لا يكاتبه أو لا يصالح عن دم عمد أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يقرض أو لا يستقرض أو لا يضرب عبده أو لا يذبح شاة أو لا يبني شيئا أو لا يخيط ثوبه أو لا يودع أو لا يستودع أو لا يعير أو لا يستعير أو لا يقضي الدين أو لا يقبضه أو لا يكسو فلانا أو لا يحمل هذا الشيء يحنث بمباشرته بنفسه وبمباشرة وكيله لان الوكيل في هذه الاشياء سفير ومعبر وحقوق العقد راجعة الى الآمر لا اليه بخلاف الفصل الاول فان حقوق العقد فيه ترجع الى العاقد وعند الشافعي لا يحنث بمباشرة الوكيل لان الفعل يوجد منه حقيقة ومن الآخر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلا يحنث كما في الوجه الاول وفي مسائل أهل البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن اذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلا بالنكاح انه لا يحنث وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس فان قلت ماذكرت يستقيم في مثل النكاح والطلاق ونحوهما وأما ما كان منها حسيا كضرب الغلام وذبح الشاة ونحوهما كيف يكون قلت هو أيضا منقول الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد راجعة الى المولى لانه يجري على موجب أمر مولاه ويسعى في مصالحه بخلاف ضرب الولد فان منفعته للولد للتأديب والانزجار عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلا حرا فامر بضربه حيث لا يحنث بضرب المأمور اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح أمره الا أن يكون الآمر سلطانا أو قاضيا فحينئذ يحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به فيضاف فعل المامور اليهما ولهذا لا يجب الضمان على الضارب بامرهما في الحد والتعزير ولو قال الحالف في النكاح والطلاق ونحوهما من الحكميات نويت أن لا أتكلم به ولا آلي بنفسي صدق ديانة لا قضاء ولو قال ذلك في ذبح الشاة وضرب العبد ونحوهما من الحسيات نويت أن لا آلي بنفسي يصدق ديانة وقضاء والفرق بين البابين ان الاول ليس الا تكلم بكلام يفضي الى الوقوع والامر به مثل التكلم به فاذا نوى ان لا يلي فقد نوى التخصيص في العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر والثاني فعل حسي يحصل بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء (ودخول اللام) كلام اضافي مرفوع بالابتداء والمراد به لام الاختصاص واعلم أولا ان اللام لا يخلو اما ان تدخل على فعل يملك بالعقد وتجري فيه النيابة كالبيع والشراء أو تدخل على فعل لا يملك به ولا تجري فيه النيابة كدخول الدار وضرب الغلام أو تدخل على عين كالثوب مثلا فهذه ثلاثة أقسام ففي القسم الاول تكون اللام لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه حتى لو قال ان بعت لك ثوبا فعبدي حر او امرأتي طالق لا يحنث حتى يبيع له ثوبا بأمره لان معنى ان بعت لك ثوبا ان بعت لك ثوبا بوكالتك وامرك فاذا باعه بأمره يحنث سواء كان الثوب ملكه او لم يكن حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه فباعه الحالف بغير علمه لا يحنث وفي القسمين الاخيرين تكون اللام لاختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قال في القسم الثاني ان دخلت لك دارا فعبدي حر أو قال في القسم الثالث ان بعت ثوبا لك فعبدي حر لا يحنث حتى

تكون الدار او الثوب ملكا للمحلوف عليه سواء كان امره المحلوف عليه بذلك أو لم يأمره ولاجل كون الحكم متحدا فى القسمين الاخيرين أشرك الشيخ بينهما حيث عطف قوله وعلى العين على قوله وعلى الدخول والضرب على ما يجىء الآن ان شاء الله تعالى وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص كما ذكرنا وأقوى وجوهه الملك فاذا جاورت الفعل أوجبت ملكه دون العين ان كان ذلك الفعل من القسم الاول وان كان من القسم الثانى لا يفيد ملك الفعل لاستحالته و يفيد ملك العين لان معنى قوله ان دخلت لك دارا ان دخلت دارا مملوكة لك وكذلك اذا جاورت العين كما فى القسم الثالث فانه يوجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك وقد أشار الشيخ رحمه الله الى القسم الاول بقوله ودخول اللام (على البيع) كقوله ان بعت لك ثوبا فعبدى حر (والشراء) كان اشتريت لك ثوبا فعبدى حر (والاجارة) كان أجرت لك دارا فعبدى حر (والصياغة) كان صغت لك خاتما فعبدى حر والخياطة كان خطت لك ثوبا فعبدى حر (والبناء) كان بنيت لك بيتا فعبدى حر وذكر الشيخ لذلك مثالا واحدا بقوله (كان بعت لك ثوبا) فعبدى حر مثلا واكتفى بذكره عن بقية الامثلة لظهورها وقوله (لاختصاص الفعل) خبر المبتدا أى لاختصاص الفعل الذى نحو البيع والشراء (بالمحلوف) أى بالشخص المحلوف (عليه) وذلك انما يكون (بأن كان) الفعل (بأمره) أى بأمر المحلوف عليه سواء (كان) الثوب فى مثال البيع والشراء او الدار فى مثال الاجارة ونحوها (ملكه) أى ملك المحلوف عليه (اولا) أى أو لم يكن وأشار الى القسم الثانى بقوله (و) دخول اللام (على الدخول) كان دخلت لك دارا فعبدى حر (و) على (الضرب) كان ضربت لك عبدا فعبدى حر (و) على (الاكل) كان أكلت لك طعاما فعبدى حر (و) على (الشرب) كان شربت لك ماء فعبدى حر وأشار الى القسم الثالث بقوله (و) دخول اللام أيضا (على العين) أى الذات المشخصة كالثوب مثلا ثم ذكر مثالا بقوله (كان بعت ثوبا لك) فعبدى حر مثلا (لاختصاصها) أى يكون دخول اللام فى هذين القسمين لاختصاص العين (به) أى بالمحلوف عليه (بأن كان) المحلوف به وهو الثوب مثلا (ملكه) أى ملك المحلوف عليه سواء كان (امره) بذلك (اولا) أى أو لم يأمره حتى لو قال ان دخلت لك دارا يحنث كيفما كان بعد ان كانت الدار ملكه وكذا لو قال ان بعت ثوبا لك يحنث كيفما كان بعد ان كان ملكه (وان نوى) أى الحالف (غيره) أى غير ما اقتضاه ظاهر كلامه بأن نوى بقوله ان بعت لك ثوبا معنى قوله ان بعت ثوبا لك أو بالعكس (صدق فيما عليه) أى فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى ما يحتمله كلامه ولكنه خلاف الظاهر ولو قال رجل (ان بعته) أى عبدى هذا فهو حر (او) قال غيره ان (ابتعته) أى ان اشتريته (فهو حر فعقد) البائع فى الاول والمشترى فى الثانى (بالخيار) أى بشرط الخيار (حنث) فيعتق العبد لوجود شرط العتق وهو البيع أو الشراء وقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع خروج المبيع عن ملكه وكذا المشترى ملكه قائم عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشترى لا يمنع دخول المبيع فى ملكه واما عند أبى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كانه قال بعد الشراء انه حر فيصير مختارا بذلك للامضاء وله ذلك (وكذا)

يحنث

يحنث (بالفاسد) من البيع والشراء (و) البيع (الموقوف) منهما في يمينه لا يبيع أو لا يشترى فأما الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد في يد المشترى مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما يتم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغى أن يحل اليمين وان كان العبد في يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم وان كان الحالف بعتقه هو المشترى فاشتراه فاسدا فان كان في يده مضمونا على الوجه الذى ذكرناه يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا وعن أبي يوسف انه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما أصلا وبه قالت الثلاثة واما الموقوف فلانه قد وجد فيه البيع حقيقة وصورته أن يقول ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء وعن أبي يوسف لا يحنث وبه قالت الثلاثة (لا) يحنث (بالباطل) أى بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل في يمينه لا يبيع أو لا يشترى لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع وان اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم شيأ فعبده حر او ان بعت عبدى فهو حر فباعه بميتة أو حر لا يحنث بخلاف ما لو باعه بالخمر لانه فاسد على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو اشترى مدبرا أو أم ولد لا يحنث ولو قضى القاضى بجوازه يحنث للحال لان قضاءه يؤثر في ازالة المانع من الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يستند الى وقت وجوده فيستند السبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو أعتقه المشترى قبل الاجازة ينفذ عند الاجازة والمكاتب كالمدبر في رواية لكن قضاء القاضى لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا لو عقد يمينه على الحرة أو أم الولد وعن ابى يوسف في الحرة وأم الولد ينعقد على الصحيح لانه ممكن فيهما بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى ولو قال رجل (ان لم أبع) هذا العبد (فكذا) أى فامرأتى طالق مثلا (فاعتق) أى العبد (او دبر) العبد (حنث) لتحقق العجز عن البيع بفوات محله ولو (قالت) امرأة لزوجها (تزوجت على فقال) الزوج (كل امرأة لى طالق طلقت) المرأة (المحلفة) بكسر اللام وهى التى حلفت زوجها وقالت تزوجت على لعموم كلامه وعن أبي يوسف انها لا تطلق لان كلامه خرج جوابا لكلامها فكان مطابقا له فلا تطلق ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء عندهما ولو قالت له تريد أن تتزوج على فقال كل امرأة أتزوجها فهى طالق دخلت المخاطبة حتى لو أبانها ثم تزوجها طلقت خلافا لابى يوسف ولو قال رجل (على المشى الى بيت الله او الى الكعبة) لزمه ذلك و (حج او اعتمر) حال كونه (ماشيا) للتعارف بالتزام الاحرام بهذه العبارات والقياس أن لا يلزمه شئ لانه التزم المشى وهو ليس بقربة مقصودة ولكن الاستحسان ما ذكرنا ولا فرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجها وكذا لو قال على المشى الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى وهو أكمل وفيه الوفاء لما قاله وان شاء ركب (فان ركب أراق دما) أى ذبح شاة لقوله عليه السلام مرها ان تركب ولترق دما وكانت نذرت ان تحج ماشية (بخلاف) ما لو قال على (الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى او) قال على (المشى الى الحرم و) كذا اذا قال على المشى الى (الصفا والمروة) حيث لا يلزمه شئ بهذه العبارات لعدم التعارف بذلك وهذا على اطلاقه قول

أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا في قوله علي المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام عليه حجة أو عمرة لانهما شاملان للبيت وعند الشافعي وأحمد واشهب المالكي في الذهاب الى بيت الله أو المشي الى الحرم أو الصفا والمروة يجب ولو قال رجل (عبده حر ان لم أحج) هذا (العام) ثم قال حججت (فشهدا) أي فشهد اثنان (بنحره) أي بأنه ضحى هذا العام (بالكوفة) لم تقبل هذه الشهادة و(لم يعتق) العبد عندهما لانها شهادة على النفي وقال محمد تقبل ويعتق لانها قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج (وحنث) الرجل (في) حلفه (لا يصوم بصوم ساعة) لوجود الشرط ولكن اذا كان (بنية) منه للصوم (وفي) قوله لا يصوم (صوما او) لا يصوم (يوما) يحنث (بيوم) أي بصوم يوم كامل لان بذكر المصدر ينصرف الى الكامل وذكر اليوم تصريح في تقديره باليوم (وفي) حلفه (لا يصلي) يحنث (بركعة) وهو ما اذا قيدها بالسجدة ولا يحنث ما لم يقيدها والقياس ان يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم ووجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن اركان مختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة ثم قيل يحنث بنفس السجدة وقيل برفع الرأس منها (وفي) حلفه (لا يصلي صلاة) يحنث (بشفع) أي بركعتين لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل وهي الركعتان وعند الشافعي وأحمد في رواية يحنث بركعة ولو قال رجل لامرأته (ان لبست من غزلك فهو هدى) أي صدقة (فملك) الرجل بعد ذلك (قطنا فغزلته) المرأة (ونسج) الرجل (فلبس فهو هدى) عند أبي حنيفة وعليه أن يتصدق به لان المرأة تغزل من قطن الرجل عادة وعندهما لا يلزمه أن يهدي به الا اذا كان القطن في ملكه يوم اليمين لان النذر لا يصح الا في الملك أو مضافا اليه والغزل لم يكن سببا للملك (لبس خاتم ذهب) كلام اضافي مبتدأ وقوله (او عقد لؤلؤ) بكسر العين عطف على المضاف اليه أي أو لبس عقد لؤلؤ وقوله (لبس حلي) خبر المبتدا يعني اذا حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لاطلاق الحلي عليه واما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما واما عند أبي حنيفة فليس بحلي الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لقوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانها للآلي وله انه لا يتحلى به عرفا وان سمي حلية في الآية مجازا وعلى هذا الخلاف اذا لبست عقدا من زبرجد أو زمرذ غير مرصع قيل الخلاف عرفي فلا خلاف في الحقيقة (لا) يكون لبس (خاتم فضة) لبس حلي حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلي كامل لانه يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجال وفي الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث وهو الصحيح ولو حلف (لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او) حلف (لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه او) حلف (لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث) في الصور كلها أما في الاولى فلانه لا يعد جالسا واما في الثانية فلانه لا يعد نائما على الفراش الاسفل عرفا يقال نائم على فراشين وعند أبي يوسف يحنث في هذه وبه قال الشافعي لانه نام عليهما جميعا وأما في الثالثة فلانه لا يعد جالسا عليه (ولو جعل على الفراش قرام) بكسر القاف وهو الستر الرقيق كذا في الجمهرة وفي الصحاح القرام ستر فيه رقم ونقوش وكذلك المقرم

والمقرمة (او) جعل (على السرير بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لاينام على السطح أو الدكان أو لايجلس فبسط عليه فراشا أو حصيرا فنام عليه أو جلس حنث لانه يعد نائما وجالسا عليهما

* هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك) *

ولو قال رجل ان (ضربتك) فعبدى حر (و) ان (كسوتك) فعلى كذا (و) ان (كلمتك) فامرأتى طالق (و) ان (دخلت عليك) فأمتى حرة (تقيد) يمينه (بالحياة) أى بحياة المخاطب حتى لو فعل به هذه الاشياء بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشياء لا تتحقق فى الميت لان الضرب ايقاع الالم وبعد الموت لا يتصور ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة على الصحيح وان اختلفوا فى كيفيتها فان قلت ان أيوب عليه السلام أمر أن يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش أو ريحان قلت يجوز أن يكون ذلك مختصا به اكراما له وتخفيفا عليها ولا اشكال على قول من يفسره بقبضة من أغصان الشجر والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق فلا يتحقق فى الميت ولهذا لو تبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل أو السباع يكون له لا لورثته والكلام للافهام فلا يتحقق فى الميت فان قلت قال عليه السلام لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد ربكم حقا قلت ردته عائشة رضى الله عنها وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من فى القبور ولئن ثبت فهو مختص بالنبى عليه السلام ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه أو اهانته بتحقيره ولهذا لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره أو لحاجة أخرى أو دخل عليه فى موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت (بخلاف الغسل) بأن حلف لا يغسل فلانا (والحمل) بأن حلف لا يحمله (والمس) بأن حلف لا يمسه حيث يحنث فى الوجوه كلها اذا فعل به ذلك بعد موته لتحقق هذه الاشياء فى الميت * ولو حلف (لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث) لان الضرب ايلام وهو موجود فى هذه الاشياء وعند الشافعى لا يحنث لانها ليست بضرب وقيل اذا كانت هذه الاشياء فى حالة الغضب يحنث وان كانت فى الملاعبة لا يحنث لانه مزح وقيل ان كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الاشياء * ولو حلف وقال (ان لم اقتل فلانا فكذا) اى فامرأتى طالق مثلا (و) الحال أنه (هو) اى فلان (ميت ان) كان الحالف (علم به) اى بموته حين حلف (حنث) فى الحال لانعقاد اليمين لان الله تعالى قادر على اعادة الروح فيه اذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسئلة صعود السماء (والا) اى وان لم يعلم بموته وقت الحلف (لا) يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور كمسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء وهذا عندهما وعند أبى يوسف يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين وقد مر بيانه (وما دون الشهر قريب) حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر (وهو) اى الشهر (وما فوقه) أى فوق الشهر (بعيد) حتى لو حلف ليقضين دينه الى بعيد فهو الشهر وما فوقه ولو حلف (ليقضين دينه) اى دين فلان (فقضاه) اى الدين حال كونه (زيوفا) وهو جمع زيف وهو ما يأخذه التجار ويرده بيت المال (او نبهرجة) وهو لفظ أعجمى معرب

وأصله نبهره وهو الحظ يعني حظ هذه الدراهم من الفضة أقل وغشه أكثر وتردها التجار وفي الغاية والنبهرجة ما يرده التجار لغش فيه وهو أردأ من الزيف (او مستحقة) لشخص (بر) في يمينه لان الزيوف دراهم حقيقة غير أن فيه عيبا وهو لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا وكذلك النبهرجة وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز وعند مالك يحنث في جميع ذلك (ولو) وجده (رصاصا أو) وجده (ستوقة) وهي أيضا معربة وهي بالفارسية سه طاق يعني أن وجهي هذه الدراهم فضة وحشوها صفر (لا) يبر في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز (والبيع به) أي بالدين يعني بيع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين على الحالف عبدا مثلا (قضاء) للدين في يمينه ليقضين دينه حتى يبر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا الا أنه شرط للبر ولو كان البيع فاسدا يشترط قبض المبيع لوقوع المقاصة لانه لا يملك في البيع الفاسد الا بالقبض فاذا قبضه وكانت قيمته مثل الدين وقعت المقاصة وبر في يمينه وكذا لو تزوج الطالب أمة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها أو وجب عليه للمطلوب دين بالجناية أو بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع الوجوه (لا الهبه) أي لا تكون هبة الدين ممن عليه الدين قضاء للدين في يمينه ليقضين دينه لان القضاء فعل المطلوب والهبة اسقاط للدين من الطالب فلا تتحقق المقاصة فتبطل اليمين اذا كانت مؤقتة بابرائه قبل الوقت لان القضاء لا يتصور بعد الابراء وفيه خلاف أبي يوسف بناء على أصله أن تصور البر وقت وجوبه ليس بشرط عنده وعندهما شرط على ما مر ويتفرع على هذا مسائل كثيرة منها ما اذا قال لامرأته ان لم تهبيني اليوم صداقك فأنت طالق وقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فالحيلة في هذا ان لا يحنثا أن يصالح أباها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما اما الاب فلأنها ما وهبت الصداق للزوج واما الزوج فلأنها عجزت عن الهبة في آخر النهار لان الصداق سقط عن الزوج بالصلح ولو قال رجل (لا يقبض دينه) من فلان مثلا (درهما دون درهم فقبض بعضه) أي بعض الدين (لم يحنث) بقبض البعض (حتى يقبض كله) أي كل الدين قبضا (متفرقا) لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول كله فما دام عند المديون شيء من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو قيد باليوم بأن قال لا يقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرقا أو لم يقبض منه شيأ لم يحنث لان شرط الحنث أخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم وقد أوضح صورة هذه المسئلة في الجامع الكبير وقال اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق فكأنه قال ان أخذت المائة متفرقة فلو قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض الكل بصفة التفريق فاما اذا أخذ الكل مجتمعا أو قبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما

دون

دون درهم فأخذ خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث (لا) يحنث اذا قبضه متفرقا (بتفريق ضروري) وهو أن يقبضه في وزنتين أو أكثر ولم يتشاغل بين الوزنات بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى منها وفيه خلاف زفر ولو قال (ان كان لي الامائة) درهم (او) قال (غير) مائة (او) قال (سوى) مائة (فكذا) أي فامرأته طالق مثلا (لم يحنث بملكها) أي بملك المائة (او) بملك (بعضها) أي بعض المائة وهو مادون المائة لان غرضه نفي مازاد على المائة فشرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولو حلف (لا يفعل كذا) أي أمرا من الامور (تركه) أي عليه أن يترك ذلك الفعل (أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا شائعا في جنسه فيعم الجنس ولو حلف (ليفعلنه) أي ليفعلن كذا الامر من الامور (بر بمرة) اي بفعله مرة واحدة لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة في موضع الاثبات فيخص ويحنث اذا لم يفعله في عمره في آخر جزء من اجزاء حياته بفوات محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة وان كانت مؤقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان الامكان باقيا في آخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بأن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل ويتأتى فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل (ولو حلفه) بتشديد اللام أي ولو حلف رجلا (وال) أي متولي أمر بلدة (ليعلمنه) اي ليعلمن الوالي (بكل داعر) بالدال المهملة أي مفسد خبيث (تقيد) أي حلفه (بقيام ولايته) لان غرض الوالي ان يرفع اليه الخبر مادام واليا فاذا زالت الولاية ارتفعت اليمين وفي رواية عن أبي يوسف وأحمد وقول للشافعي لا يختص بقيام ولايته فيجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه مفيد في الجملة وعن أبي يوسف يبطل الرفع بعزله لا بموته وكذلك السلطان اذا حلف رجلا أن لا يخرج من الكورة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات ثم ان الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس عن الفعل الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان والا فلا وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بأمر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد الا باذنه تقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة وكذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بحال قيام الزوجية ولو (حلف ان يهب عبده) من فلان (يبر بالهبة) أي بمجرد قوله وهبت له (بلا قبول) الموهوب له (بخلاف البيع) فانه لو حلف أن يبيع عبده من فلان فباع ولم يقبل المشتري لا يعتد به ولا يبر في يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث عدم الهبة لا حكمها بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث في الهبة ايضا مالم يقبل كالبيع وفي رواية عنه مالم يقبل ويقبض ونظير الهبة الصدقة والعارية والوصية والاقرار وفي القرض روايتان عن أبي حنيفة ونظير البيع الاجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة ولو حلف شخص (لا يشم ريحانا لا يحنث بشم ورد وياسمين) لان الريحان اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا وللورد والياسمين ساق وليس لهما رائحة مستلذة وانما الرائحة الطيبة لزهرهما الا لهما فاشبها التفاح والسفرجل وفي المبسوط يحنث بشم الآس وما أشبهه من الرياحين واسم (البنفسج والورد) يقع

(على الورق) حتى لو حلف لا يشترى بنفسجا أو وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث للتعارف هكذا ذكره فى الكافى وفى المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج وهو رواية الجامع الصغير أيضا قالت هذا شئ يبنى على العرف وقال الشارح والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وهذا غير صحيح لان الزنبق اسم لزهر مشهور وفى أرض الشام منه كثير وهو ورق أبيض وأصفر على غصن مستدق له رائحة ذكية ويعمل منه الدهن ويسمى دهن الزنبق وكذا الحناء تتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وفى الكافى الحناء فى عرفنا تقع على المدقوق (حلف) رجل (لا يتزوج) امرأة (فزوجه فضولى واجاز) الحالف التزويج (بالقول) بان قال قبلت أو رضيت ونحوهما (حنث) لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كأنه وكله ابتداء وعند الثلاثة لا يحنث وهى رواية عن محمد (ولو) أجازه (بالفعل) بأن وطئها أو أعطى مهرها (لا) يحنث لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد وقيل يحنث أيضا والمختار الاول ولو كان الحالف عبدا أو ابنا الرجل فزوجه مولاه وهو كاره أو أبوه وهو مجنون لا يحنثان بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما (وداره) أى دار المحلوف عليه تكون (بالملك) حتى لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك (والاجارة) والاعارة لان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه باى سبب كان باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وعند الشافعى لا يحنث الا بالملك لان الحقيقة وهى الملك مرادة (حلف) رجل (بانه لا مال له و) الحال أنه (له دين على مفلس أو ملى لم يحنث) لان الدين ليس بمال وانما هو وصف فى الذمة لا يتصور قبضه حقيقة وعند الثلاثة يحنث والله أعلم

هذا * (كتاب) فى بيان أحكام (الحدود) *

وهو جمع حد وهو المنع لغة ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع (الحد عقوبة مقدرة) تجب حقا (لله تعالى) فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد (والزنا) الموجب للحد (وطء) المكلف الطائع (فى قبل) مشتهاة (خال عن ملك) النكاح وملك الرقبة (وشبهته) أى وشبهة الملك فلا يتعلق بوطء المجنون والصبى والمكره ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التى لم تبلغ حد التشهى والميتة والبهائم حد وانما قيد بالخلو عن الملك لان الوطء فيه مباح واما اشتراط عدم الشبهة فلقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم ولا بد من مجاوزة الختان الختان لان المخالطة تتحقق بذلك فان ما دونه ملامسة لا تتعلق بها أحكام الوطء من الغسل وكفارة الصوم وفساد الحج وثبوت الرجعة وتنزيل الطلاق المعلق بالوطء وغير ذلك (ويثبت) الزنا عند الحاكم ظاهرا (بشهادة أربعة) من الرجال يشهدون عليه (بالزنا) أى بلفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام (لا بالوطء والجماع) اى بلفظ الوطء والجماع لانهما لا يدلان على ذلك واشتراط الاربعة بالنص وهو قوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة به عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف خلافا للشافعى وان كان أحدهم الزوج تقبل شهادته خلافا للشافعى (فيسألهم الامام عن ماهيته) أى ماهية الزنا بقوله ما هو والمراد منه السؤال عن الذات وهو

ادخال

ادخال الفرج فى الفرج (و) عن (كيفيته) بقوله كيف هو لجواز أن تشتبه عليهم فيظنون مادون الزنا زنا لانه يطلق عليه اسمه مجازا كما قال عليه السلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه (و) عن (مكانه) بقوله أين زنى لجواز أن يكون الزنا فى دار الحرب (و) عن (زمانه) بقوله متى زنى لجواز أن يكون فى زمن الصبا أو فى زمان متقدم (و) عن (المزنية) بقوله من هى لاحتمال حلها له ولاحتمال شبهة تدرأ الحد عنه لاتقف عليها الشهود (فان بينوه) أى فان بين الشهود الزنا بعد سؤال الامام على الوجه المشروح (وقالوا رأيناه) أى الرجل (وطئها) أى المرأة وطأ (كالميل فى المكحلة وعدلوا) على صيغة المجهول أى الشهود تعديلا (سرا وجهرا) فلا يكتفى بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتيالا للدرء (حكم به) أى بموجب الزنا لظهور الحق ويجوز حبسه الى أن يسأل عن الشهود لا أخذ الكفيل لانه نوع احتياط فلا يشرع فيما يبنى على الدرء (و) يثبت الزنا أيضا (باقراره) اى باقرار الزانى (اربعا) أى أربع مرات وقال الشافعى يكتفى باقراره مرة كما فى سائر الحقوق ولنا حديث ماعز رضى الله عنه أنه عليه السلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب وبه قال مالك (فى مجالسه) أى مجالس المقر (الاربعة) لما روينا وقال ابن أبى ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط وعن احمد كذلك (كلما اقر) المقر (رده) القاضى لانه عليه السلام فعل كذلك وقال عمر رضى الله عنه اطردوا المعترفين يعنى بالزنا (وسأله) أى وسأل القاضى المقر بالزنا (كما مر) فى فصل الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على مامر وقيل لا يسأل عن الزمان لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى فى صباه وهذا السؤال يكون بعد ما نظر فى حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل عليه السلام ولا يكتفى بالكناية فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فاذا قال انه محصن سأله عن الاحصان ماهو فان وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضى ممن لا ولاية له فى اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد (فان بينه) أى فان بين المقر ماذكر من الشروط (حده) القاضى لظهور الحق (فان رجع) المقر (عن اقراره قبل) اقامة (الحد او) رجع (فى وسطه) اى فى وسط الحد (خلى سبيله) للشبهة وقال الشافعى وابن أبى ليلى يحد لوجوبه باقراره وبه قال مالك فى رواية وعنه لو ذكر لاقراره تأويلا قبل والا فلا (وندب) أى استحب (تلقينه) اى تلقين القاضى المقر بالرجوع (بلعلك) أى بقوله لعلك (قبلت) تلك المرأة (او لمست او وطئت بشبهة) أو بنكاح أو بملك يمين لانه عليه السلام قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يارسول الله قال أنكتها ولا تكنى قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخارى وأحمد وأبو داود (فان كان) الذى ثبت عليه الزنا (محصنا رجمه) القاضى (فى) أرض (فضاء حتى يموت) لانه عليه السلام أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع فرجم بالحجارة حتى مات (يبدأ الشهود به فان ابوا) أى الشهود من البداءة بالرجم (سقط) أى الحد لانه دلالة الرجوع وعند الثلاثة لا يسقط وكذلك يسقط اذا

امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا أو أحدهم أعمى أو أخرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم عندهما خلافا لابى يوسف وعنه اذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون ان يرموا أو مقطوعى الايدى رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة (ثم) يبدأ (الامام ثم) يبدأ (الناس) لما روينا من أثر على رضى الله عنه و يقصدون بذلك مقتله الا أن من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله (ويبدأ الامام) بالرجم (لو) كان الزانى (مقرا ثم الناس) لانه عليه السلام رمى الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا (ولو) كان الزانى (غير محصن جلده) القاضى (مائة) جلدة لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة (ونصف) المائة (للعبد) لان الرق منصف للنعمة فكذا العقوبة والباء فى قوله (بسوط) يتعلق بقوله جلده أى جلده بسوط (لا ثمرة له) أى لا عقدة له وقيل هى عذبته وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وفى الصحاح ثمرة السوط عقد أطرافها وان كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله كذا فى الفتاوى الولوالجية وقوله (متوسطا) نصب على أنه صفة لمصدر محذوف أى جلده جلدا متوسطا وهو أن يكون بين المبرح وغير المؤلم فان المبرح يفضى الى الهلاك والثانى لا يحصل به الزجر المشروع من الحد (وينزع ثيابه) غير الازار لاتصال الالم والازار لستر العورة (وفرق) الجلد (على بدنه) اى أعضائه كلها وقال الشافعى يخص الظهر بالضرب (الا رأسه وفرجه ووجهه) لان الضرب على الرأس سبب لزوال الحواس وعلى الوجه لانه يزيل المحاسن وعلى الفرج لانه متلف وعن أبى يوسف والشافعى فى الاظهر يضرب الرأس ضربة واحدة وعن بعض أصحابنا لا يضرب الصدر والبطن أيضا لانه مقتل كالرأس (ويضرب الرجل) حال كونه (قائما فى الحدود) وحال كونه (غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا والممدود هو الملقى فى الارض كما يفعل اليوم وقيل ان يمد فترفع يده فوق رأسه وقيل ان يمد السوط على جسده عند الضرب فيجره عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق (ولا تنزع ثيابها) أى ثياب المرأة لان فى نزعها كشف العورة (الا الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم الى الجسد (وتضرب) المرأة حال كونها (جالسة) لانه أستر لها (ويحفر لها) أى المرأة (فى الرجم لا) يحفر (له) أى للرجل لقول أبى سعيد فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن ابيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود (ولا يحد) المولى (عبده الا باذن امامه) يعنى اذا فوض اليه وقال الشافعى له أن يقيم عليه الحد الذى هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب أو أقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد تولية الامام بأن كان بالغا عاقلا حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفى حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له أن يقيم الحد على مملوكه وبه قال مالك وأحمد لقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليحدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليحدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولنا ما روى عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى

الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي رضي الله عنه مثله والمراد بما روى التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام أو يكون ذلك اذنا منه عليه السلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا تجوز اقامته للمولي باذن الامام (و) شروط (احصان الرجم) سبعة الاول (الحرية) والثاني العقل والثالث البلوغ وأشار اليهما بقوله (والتكليف و) الرابع (الاسلام) لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن وعن أبي يوسف انه ليس بشرط وبه قال الشافعي وأحمد لانه عليه السلام رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد في أول ما دخل عليه السلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا (و) الخامس (الوطء) والسادس أن يكون الوطء (بنكاح صحيح) لان الاحصان ينطلق عليه قال تعالى فاذا أحصن اى تزوجن والسابع كونهما محصنين حالة الدخول أشار اليه بقوله (وهما) أي الزوجان (بصفة الاحصان) حالة الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لم يكن محصنا وكذلك لو كان الزوج عبدا أو صبيا أو مجنونا أو كافرا وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة فان قلت كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلت صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعني في المحصن لانه عليه السلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المرأة التي زنا بها العسيف بل رجمهم من غير جلد وقالت الظاهرية يجلد ثم يرجم (و) لا بين (جلد ونفي) في البكر وقال الشافعي يجمع بينهما لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وبه قال مالك وأحمد ولنا أن النص جعل الجلد مائة والزيادة على مطلق النص نسخ وما رواه منسوخ ولان في التغريب تعريضا لها على الفساد ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وعمر رضي الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف أن لا ينفي بعده أبدا وبهذا عرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضي الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحدود (ولو غرّب) الامام الزاني (بما يرى) من التغريب لاجل مصلحة رآها (صح) وكذا في كل جان ألا ترى أنه عليه السلام نفى المخنث ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا تفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه (والمريض يرجم) لانه لا فائدة في تأخيره (ولا يجلد) المريض اذا كان غير محصن (حتى يبرأ) من مرضه لانه ليس بمستحق للهلاك فكان مانعا ولهذا لا يقام القطع في غاية الحر والبرد للافضاء الى الهلاك وعند مالك في رواية وأحمد في رواية وبعض الشافعية يضرب بحسب ما يحتمله (والحامل) التي زنت (لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمي وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وان كان حدها الرجم يؤخر حتى تضع وعن أبي حنيفة حتى يستغني الولد عنها لعدم المربي والله أعلم

هذا * (باب) في بيان أحكام (الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

(لاحدّ) بواجب (بشبهة المحل) وهو الموطوأة (وان ظنّ) الواطئ (حرمته) أي حرمة ذلك المحل (كوطء) الاب (امة ولده و) كوطء الاب أمة (ولد ولده) لانّ الشبهة اذا كانت في المحل يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق اسم الزنا فامتنع الحدّ بيان ذلك أنّ قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك يقتضي الملك لانّ اللام فيه للملك (و) كذا (معتدّة الكنايات) أي معتدّة المطلقة بالكنايات لانّ فيها اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه وكذا الجارية المبيعة قبل التسليم والبيع الفاسد قبل القبض وبعده وجارية مكاتبه وعبده المأذون له المستغرق بالدين والجارية الممهورة قبل التسليم والجارية المشتركة والمرهونة في حق المرتهن لانّ استيفاء الدين يقع عليها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبيع (و) لاحدّ أيضا (بشبهة الفعل ان ظنّ) الواطئ (حله) لقيام الشبهة حتى اذا ظنّ حرمته لا يسقط الحدّ لعدم الملك وبعضه (كمعتدّة) الطلاق (الثلاث) لانّ حرمتها مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه فاورث شبهة ان ظنّ حله لانه في موضع الاشتباه فيعذر (وامة ابويه) لتباين الاملاك بينهم غير أنّ البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا عادة فاذا ظنّ الوطء من هذا القبيل يعذر وفيه خلاف زفر (و) أمة (زوجته) لما ذكرنا (و) أمة (سيده) كذلك وكذا المطلقة على مال وامّ الولد اذا أعتقها مولاها (والنسب يثبت في) الشبهة (الاولى) وهي الشبهة في المحل ان ادّعاه ولا يثبت في الثانية أشار اليه بقوله (فقط) يعني لا يثبت في الثانية وان ادّعاه لانّ النسب يعتمد قيام الملك أو الحق في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش أو شبهته يوجد بأحدهما وفي النوع الاول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وسقوط الحدّ للشبهة (وحدّ) الواطئ (بوطء امة اخيه و) أمة (عمه وان ظنّ حله) يعني وان ظنّ أنها تحل له لانه لا بسوطة في مال هؤلاء فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حتى لا يقطع بها يده لانّ حدّ السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد (و) حدّ أيضا بوطء (امراة وجدها في فراشه) وان قال ظننت أنها امرأتي لانّ بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وعند الثلاثة لا يحدّ وكذا اذا كان أعمى لان امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت الا اذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فانه لا حدّ عليه لانّ ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحدّ لما ذكرنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه لما يجيء في المزفوفة وان أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحدّ ولو أكرهها يجب عليه الحدّ دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي (لا) يحدّ (باجنبية) أي بوطء امرأة أجنبية (زفت) اليه (وقيل) له (هي زوجتك) وكان قد تزوج امرأة ولم يدخل بها لانه اعتمد على دليل شرعي في موضع الاشتباه ولهذا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لانّ الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا للضرر الغرور عنه ولا يحدّ قاذفه لانه وطء حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبي يوسف لا يسقط

(وعليه) أى وعلى واطئ المزفوفة (مهر) لان عليا رضى الله عنه قضى بذلك ولانه سقط الحد فتعين عليه مهر المثل (و) لا يحد أيضا (بمحرم) أى بوطء محرم (نكحها) وهذا هو الشبهة فى العقد سواء كان عالما بالحرمة أو لم يكن عند أبى حنيفة ولكن ان كان عالما يوجع بالضرب تعزيراله وعندهما ان كان عالما يحد فى كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لان حرمتهن بدليل قطعى وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وله أن فيه شبهة الحل وهو النكاح وأما النسب فيثبت عنده خلافا لهما ومن الشبهة فى العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى او وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا فى عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين فى عقدة أو الاخيرة لو متعاقبا فى جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان (و) لا يحد أيضا (بأجنبية) اى بوطء أجنبية (فى غير قبل) يعنى فى دبرها او فى سرتها ونحو ذلك (و) لا (بلواطة) عند أبى حنيفة فى الفصلين وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا ويجلد ان لم يكن لانه ملحق بالزنا فى المعنى بل أبلغ وبه قالت الثلاثة وعنهم يرجم فى الاظهر لقول ابن عباس انه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه أحمد وأبو داود وله ان اللواطة لا تساوى الزنا فى كونه اضاعة الولد وافساد الفراش فلا تساويه فى الحد وما روى من الاحاديث فمحمول على السياسة (و) لا يحد أيضا (ببهيمة) أى بوطء بهيمة لانه ليس فى معنى الزنا لنفرة الطبع السليم عنه فلا يجب الحد ولكنه يعزر بالاجماع وعن الثلاثة يحد ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق وان كانت مما تؤكل تذبح وتؤكل عند أبى حنيفة وقالا تحرق هذه أيضا هذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح وعن الشافعى لو كانت مما يؤكل تذبح وعليه قيمتها لو لغيره ويأكل منها غيره لا هو وعن مالك يأكل هو منها أيضا وعنه لا تذبح بحال يعنى سواء كانت له او لغيره وعن أحمد لا يأكل هو ولا غيره (و) لا يحد أيضا (بزنا فى دار حرب او) فى دار (بغى) وقال الشافعى يجب لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيث كان وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب واذا سقط فيها لم يقم عليه فى دار الاسلام ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب أو أمير مصر فله أن يقيم الحد على من زنى فى عسكره لان العسكر تحت ولايته ولو زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا (و) لا يجب أيضا (بزنا حربى) مستأمن (بذمية فى حقه) أى فى حق الحربى وأما الذمية فتحد هذا عند أبى حنيفة وكذا لو زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند أبى يوسف يحد المستأمن أيضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنى ذمى أو مسلم بمستأمنة يحد الذمى والمسلم دون المستأمنة عندهما وعند أبى يوسف تحد المستأمنة أيضا الابى يوسف ان المستأمن التزم احكامنا فى دارنا فيحد الا فى شرب الخمر لانه لا يعتقد حرمتها ولمحمد ان الحد سقط فى حق الاصل فأوجب سقوطه فى التبع ولابى حنيفة انه وجد حقيقة الزنا منها فتحد خاصة (و) لا يجب أيضا (بزنا صبى أو مجنون بمكلفة) أى بامرأة عاقلة بالغة اما الصبى والمجنون فبالاجماع وأما المكلفة فهى مذهبنا الان الفعل الحاصل منهما لا يكون بوصف يوجب الحد وقال زفر والثلاثة يجب عليها الحد لان امتناع الحد على المطاوع له لا يخل فى حقها (بخلاف عكسه) وهو ما اذا زنى العاقل

البالغ بصبية او مجنونة حيث يجب الحدّ على الرجل بلا خلاف (و) لا يجب ايضا بفعل (الزنا بمستأجرة) أى بامرأة مستأجرة ليزنى بها عند ابى حنيفة ولو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب بلا خلاف وعندهما يجب فى الاوّل أيضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة ملك فكان زنا محضا وبه قالت الثلاثة وله ما روى ان امرأة طلبت من رجل مالا فابى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى الله عنه الحدّ عنهما وقال هذا مهرها ولانه تعالى سمى المهر أجرة فصار شبهة ولهذا لو قال أمهرتك كذا لازنى بك لم يجب الحدّ فكذا اذا قال استأجرتك أو خذى هذا لاطأك أو مكنينى من نفسك بكذا (و) لا يجب أيضا بالزنا (باكراه) من سلطان وكان أبو حنيفة أوّلا يقول يجب الحدّ وهو قول زفر والشافعى وأحمد لان انتشار الآلة دليل على تحقق الاختيار ولنا ان انتشارها كما يقع طوعا قد يقع طبعا كما فى حق النائم فأورث شبهة يدرأ بها الحدّ (و) لا يجب أيضا (باقرار) أحد الزانيين (ان أنكر الآخر) عند أبى حنيفة مطلقا وعندهما ان ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوّجتها فهو كما قال وان أنكر بأن قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحدّ وجب على المقر الحدّ دون المنكر لان اقراره صحيح فيجب وله ان الزنا واحد وقد انعدم فى حق أحدهما فأورث شبهة العدم (ومن زنى بأمة فقتلها) بفعل الزنا (لزمه الحدّ) بالزنا (والقيمة) بالقتل كما اذا زنى بها ثم حزرقبتها وكمن شرب خمر الذمى فانه يحدّ ويضمن قيمة الخمر للذمى وعند أبى يوسف انه لا يحدّ بخلاف ما اذا ذهبت عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحدّ لان الملك يثبت فى الجثة العمياء بضمان قيمتها وهى عين فأورثت شبهة دارئة للحدّ بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوّجها أو اشتراها بعد ما زنى بها أو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وان جنت الامة فزنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها الى ولى الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حدّ عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها فى هذه الصورة فاورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحدّ بالاتفاق وان دفعها بالجناية فعلى هذا الخلاف ولو زنى بالحرّة فقتلها به يجب الحدّ مع الدية بالاجماع ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحدّ ولا شئ عليه فى الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحدّ وان كان مع دعوى شبهة فلا حدّ ولا شئ فى الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحدّ دونها ولا مهر لها ثم ينظر فى الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة وان كان يستمسك بولها حدّ وضمن ثلث الدية لانه جناية جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حدّ عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية الكاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا فى سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كانت يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حدّ عليه وان كانت لا تستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عندهما وعند محمد يضمن المهر أيضا ويسقط احصانه بهذا الوطء لانه حرام وفى المحيط لو كسر فخذ امرأة فى الزنا أو جرحها ضمن الدية فى ماله وحدّ لانه شبهة العمد والله أعلم (والخليفة يؤخذ بالقصاص) لانه حق العباد فاذا قتل نفسا عمدا بغير حق اما يمكن نفسه من أوليائه فيقتلونه او يستعينون عليه بمنعة المسلمين (و) كذا يؤخذ (بالاموال) لما

ذكرنا

ذكرنا (لا) يؤخذ (بالحد) مثل حد الزنا وشرب الخمر وحد القذف لان الحدود حق الله تعالى وهو المكلف باقامتها فلا يقدر على اقامتها على نفسه لان ذلك بطريق الخزى والنكال فلا يقدم أحد على ذلك وفعل نائبه كفعله لانه بأمره فان لم يقدر لا يشرع بخلاف حقوق العباد والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

أى عن الشهادة (شهدوا) أى شهدت أربعة (بحد متقادم) ولم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر روى ذلك عن أبى يوسف ومحمد وقيل ستة أشهر واليه أشار الطحاوى أيضا وعن أبى حنيفة انه مفوض الى رأى القاضى والاول اصح وحده فى شرب الخمر أو السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد هو يجعله كغيره من الحدود والاقرار لا يمنع بالتقادم خلافا لزفر وأشار بقوله (سوى حد القذف) الى أنه لا يمنع فيه التقادم لان فيه حق العبد والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ولهذا لم يصح الرجوع عنه بعد الاقرار وقوله (لم يحد) جواب المسئلة وقال الشافعى لا تبطل الحدود بالتقادم كحقوق العباد وبه قال مالك وأحمد ولنا قول عمر رضى الله عنه أيما قوم شهدوا فى حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه كان مخيرا بين الاداء وبين الستر مع انه أفضل فتأخيره بعد ذلك ثم شهادته تدل على تهمة الضغينة والمتهم لا تسمع شهادته ولو كان تأخيره لمرض أو لبعد المسافة تقبل اجماعا (ويضمن) المشهود عليه (المال) فى السرقة المتقادمة لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال فصار نظير ما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب فيه القطع وفى بعض النسخ ويضمن السرقة (ولو ثبتوا) أى الشهود (زناه) أى زنا رجل (بغائبة) أى بامرأة غائبة (حد) لانه ثبت بالحجة فيجب الحد وكذا اذا اقر أنه زنى بغائبة لانه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين (بخلاف السرقة) يعنى فيما اذا شهدوا انه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوة وهى شرط فى السرقة دون الزنا فان قلت ينبغى أن لا يحد فى الزنا أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يدعى النكاح فيكون شبهة قلت دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فتعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر لان اعتبارها يؤدى الى سد باب الحدود ولا ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لان العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة (وان اقر) رجل (بالزنا بمجهولة) اى بامرأة مجهولة لا يعرفها (حد) لانه لو كانت امرأته أو امته لعرفها الا انه لا تخفيان عليه ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن كانت أمته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو من مملوكات آبائه لان ذلك يؤدى الى انسداد باب الحدود (وان شهدوا) أى الشهود (بذلك) اى بأنه زنى بامرأة لا نعرفها (لا) يحد لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوأة أن يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزانى (كاختلافهم) أى كما لا يجب الحد فى اختلاف الشهود (فى طوعها) أى فى طوع المرأة يعنى شهدت أربعة بأنه زنى بامرأة ولكن شهد اثنان بأنها مستكرهة وآخران شهدا بانها طائعة قال أبو حنيفة لا يحد أحد لانهم شهدوا

بفعلين مختلفين أحدهما يوجب حدّين والآخر يوجب حدّا واحدا فلا يحدّ أحد وبه قال زفر وقالا يحدّ الرجل دون المرأة لانهم اتفقوا على زنا موجب للحدّ فى حقه وهو قول بعض الشافعية (او) كاختلافهم (فى البلد) بأن شهد اثنان انه زنى بها بالكوفة واثنان انه زنى بها بالبصرة لا يحدّ احد لاختلاف المشهود به لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولا يحدّ الشهود أيضا عندنا وقال زفر يحدّون لانهم قذفة قلنا ان كلامهم وقع شهادة صورة فاسقط الحدّ عنهم وقوله (ولو) شهدت (على كل زنا اربعة) واصل بما قبله يعنى لا يجب الحدّ على أحد فى اختلاف الشهود فى البلد وان تكمل النصاب فى حق كل واحد بان شهدت اربعة انه زنى بها بالبصرة مثلا وأربعة بانه زنى بها بالكوفة ولكن يشترط أن يذكروا وقتا واحدا بان شهد كل طائفة بأنه زنى بها وقت طلوع الشمس يوم الخميس مثلا للتيقن بكذب احد الفريقين ولا تحدّ الشهود هنا أيضا لما ذكرنا (ولو اختلفوا) أى الشهود (فى بيت واحد) بأن شهد اثنان على الزنا فى زاوية البيت والآخران فى زاوية أخرى وكان البيت صغيرا تقبل الشهادة استحسانا فاذا قبلت (حدّ الرجل والمرأة) والقياس أن لا تقبل الشهادة ولا يجب الحدّ على أحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية وانتهاؤه فى زاوية أخرى ينتقلان اليه بالاضطراب وكذا لو اختلفوا فى ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن أن يمتدّ الزنا اليها تقبل لامكان التوفيق وكذا اذا اختلفوا فى الثوب الذى كان عليه حال الزنا تقبل وفيه خلاف زفر وفى المحيط واذا كان البيت كبيرا لا تقبل الشهادة (ولو شهدوا) أى الشهود (على زنا امرأة و) الحال انها (هى) أى المرأة (بكر) بأن قالت النساء هى بكر وقولهن حجة فى اسقاط الحدّ لا فى ايجابه فلم يحدّ أحد اما الرجل والمرأة فلظهور كذب الشهود بيقين وأما الشهود فلتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة وكذلك لو شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فلا يحدّ أحد لما ذكرنا (او) شهدوا (و) الحال أن (الشهود فسقة) على وزن فعلة بفتح العين جمع فاسق لم يحدّ أحد ايضا اما الرجل والمرأة فباعتبار عدم الثبوت بشهادتهم واما الشهود فلانهم من أهل التحمل والاداء وان كان فى ادائهم قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضى بشهادة الفاسق نفذ عندنا فثبت الزنا من وجه ولهذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على ان المقذوف قد زنى سقط عنه الحدّ بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على ان أولياء المقتول قد عفوا لان القود مرتب على نفس القتل وهو متيقن به فلا يسقط بالاحتمال بخلاف حدّ القذف لانه لا يجب بالقذف بل بالعجز عن اقامة البينة (او شهدوا) أى أو شهدت أربعة (على شهادة اربعة) بالزنا لم يحدّ أحد أيضا لاحتمال الكذب فى شهادة الاصول وفى شهادة الفروع ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة فى الحدود الى البدل ولا حدّ على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا وانما حكوا شهادة الاصول والحاكى للقذف لا يكون قاذفا وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وان شهد الاصول أيضا) وهو واصل بما قبله وانما لم تقبل شهادتهم لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فى عين تلك الحادثة ولم يحدّوا أيضا لما ذكرنا وقوله (لم يحدّ أحد) جواب المسائل الثلاث أى أحد من المشهود عليهما والشهود من الاصول

والفروع (ولو كانوا) اى الشهود (عميانا او) كانوا (محدودين) فى قذف (او) كانوا (ثلاثة)
أنفس (حد الشهود) لان شهادة العميان والمحدودين لم يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة
فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات وشهادة الثلاثة قذف لعدم النصاب (لا يحد
المشهود عليه) لعدم ثبوت الزنا (ولو حد) رجل بشهادة أربعة (فوجد أحدهم) أى أحد
الاربعة (عبدا أو) وجد (محدودا) فى قذف (حدوا) أى الشهود لانهم قذفة (وارش ضربه)
أى ضرب المحدود (هدر) عند أبى حنيفة فلا يجب على أحد لانه امامن خرق الجلاد أو من رقة
بشرة المضروب فلا يضمنه أحد وقالا يجب على بيت المال لان تلف النفس قد حصل به وقد ظهر
خطأ الامام فيجب فى بيت المال كما فى الرجم وبه قالت الثلاثة ومعرفة الارش أن يقوم المجلود
عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر وينظر ما نقص به القيمة فينقص من الدية مثله
وعلى هذا الخلاف لو مات من الضرب تجب الدية فى بيت المال عندهما خلافا له وكذا لو رجع
الشهود وقد جرحته السياط أو مات من الضرب لا يضمنون عنده خلافا لهما (وان رجم)
رجل بشهادة أربعة ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا (فديته) أى دية المرجوم (على بيت
المال) بالاجماع لانه حصل بقضاء القاضى وهو خطأ منه وخطؤه فى بيت المال لان عمله يقع
للمسلمين فيجب غرمه فى مالهم (فلو رجع احد الاربعة) من الشهود (بعد الرجم حد) الراجع
وكذا كلما رجع واحد منهم يحد لان كلامه عند الرجوع قذف وقال زفر لا يحد لان كلامه
وقع شهادة (وغرم) أى ضمن الراجع (ربع الدية) وكذا كلما رجع واحد منهم يضمن ربع الدية
لان تلف النفس بشهادتهم فيضمنون ولا قتل عليهم عندنا خلافا للشافعى فعنده يقتلون لكونهم
سببا (و) لو رجع أحد الشهود (قبله) أى قبل الرجم (حدوا) أى الشهود كلهم عندهما وقال
محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وبه قال الشافعى وزفر لان القضاء حصل بالشهادة
فرجوعه يبطل شهادته فى حقه لا فى حق غيره ولهما ان الامضاء فى باب الحدود ملحق بالقضاء
فصار كانه رجع قبل القضاء وثمة يحدون جميعا (ولا رجم) على المشهود عليه لعدم ثبوت الزنا
(ولو رجع احد الخمسة) الذين شهدوا عليه بالزنا بعد الرجم (لا شئ عليه) أى على الراجع من
الضمان والحد لان المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وعند الثلاثة المعتبر رجوع من رجع
الا فى رواية عنهم كقولنا هذه فى الصورة لا شئ على الراجع بالاجماع (فان رجع) شاهد (آخر)
مع الخامس (حدا) لانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما وفيه خلاف زفر (وغرما) أى الراجعان
من الخمسة (ربع الدية) لما قلنا وعلى أصل الثلاثة يضمنان خمسى الدية (وضمن المزكون دية
المرجوم) فيما اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوهم جماعة يضمنون (ان ظهروا) حال كونهم
(عبيدا) وهذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمنون
والدية فى بيت المال لانهم يثبتون شرط الحجة فيضاف التلف الى قضاء القاضى وبه قالت الثلاثة
وله ان الشهادة انما تصير حجة بالتزكية فكانت فى معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها وان ثبتوا
على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع وهذا اذا أخبروا بالحرية اما اذا قالوا هم عدول
وظهروا عبيدا لم يضمنوا بالاجماع لانهم صادقون فى ذلك اذ الرق لا ينافى العدالة (كما) يجب
الضمان بالاتفاق وهو الدية (لو قتل من أمر) أى من أمره القاضى (برجمه) أى برجم شخص

الشهادة أربعة عليه بالزنا (فظهروا) أى الشهود (كذلك) أى عبيدا أو ظهروا كفارا والمراد انه قتله عمدا بأن ضرب عنقه بعد تعديل الشهود وقضاء القاضى به والقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان قضاء القاضى أورث شبهة الاباحة فلم يجب الا الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع وفى الكافى وان شهد أربعة على رجل بالزنا وأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة وقبل التعديل يجب القود فى العمد والدية فى الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ فلا شئ عليه معناه اذا لم توجد الشهود عبيدا أو كفارا وأما اذا وجدوا عبيدا أو كفارا فقد بيناه (وان رجم) المشهود عليه (فوجدوا) أى الشهود (عبيدا فديته) أى فدية المرجوم (فى بيت المال) لانه فعل بامر الامام فينتقل اليه (ولو قال شهود الزنا تعمدنا) أى قصدنا (النظر) الى فرج الزانى أو الزانية (قبلت شهادتهم) وقيل لا تقبل لان النظر الى عورة الغير فسق وانما تقبل اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة لانه قلما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل فى المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والختان والقابلة وهنا أقوى لاقامة الحسبة وتقليل الفساد (ولو انكر) المشهود عليه بالزنا (الاحصان) بأن أنكر الدخول بعد وجود سائر الشروط (فشهد عليه) بالاحصان (رجل وامرأتان) فيما اذا لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة (او ولدت زوجته منه) أى من هذا المنكر فى مدة يمكن ان يتصور كونه منه (رجم) فى الوجهين جميعا خلافا لزفر والشافعى فالشافعى مر على أصله ان شهادتهن لا تقبل فى غير المال وتوابعه وزفر يقول لا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء ونحن نقول ان الشهادة بالاحصان فى هذه الحالة بمنزلة الشهادة به فى غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما خلافا لمحمد وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر رحمه الله

هذا (باب) فى بيان احكام (حد الشرب)

(من شرب خمرا) وهو النئ من ماء العنب اذا غلى واشتد (فأخذو) الحال ان (ريحها) أى ريح الخمر (موجود أو كان) المأخوذ (سكران) بأى شئ كان من المسكرات (ولو) كان سكره (بنبيذ) من الانبذة المحرمة (وشهد) عليه (رجلان) بأنه شرب الخمر (او أقر) المأخوذ (مرة) واحدة (حد ان علم شربه) حال كونه (طوعا) أى طائعا (وصحا) من سكره وقد عرفت ان شرط وجوب الحد خمسة اشياء الاول كون ريح الخمر موجودا فيمن شرب الخمر لقول ابن مسعود رضى الله عنه فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وشرط وجود الرائحة فى شرب الخمر ولا يشترط فيه السكر على ما يجئ ان شاء الله تعالى وقال محمد والثلاثة وجود الرائحة ليس بشرط لان عثمان رضى الله عنه أقام الحد على الوليد بن عقبة بشهادة الشهود ولم يشترط وجود الرائحة ولنا ما روينا وحديثه محمول على انهم جاؤا به من بعيد والثانى وجود السكر فى غير الخمر من الاشربة المحرمة لقوله عليه السلام فى السكران ان سكر فاجلدوه

ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه أحمد وأبو داود وقال الترمذى كان القتل فى أول الامر ثم نسخ لانه عليه السلام أتى برجل شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده الى أن جلده أربع مرّات ورفع القتل واحتجت الظاهرية بظاهر الحديث حتى انهم قالوا يقتل فى الرابعة وما أحسن هذا فى هذا الزمان لو يفتى به والثالث شهادة رجلين أو اقراره مرّة واحدة وقال ابو يوسف لابدّ فى الاقرار من مرّتين وبه قال زفر والرابع أن يكون شربه طوعا لانّ الشرب مكرها لايوجب الحدّ والخامس أن يكون صاحيا ليفيد الضرب فائدته (وان أقرّ) بشرب الخمر (او شهدا) أى الاثنان (بعد مضى ريحها) أى ريح الخمر (لا) اى لم يكن تأخيرهم (لبعد المسافة) فانه اذا أخذ فى مكان بعيد فلما أتى به الى الامام لم يوجد منه رائحة الخمر فههنا يحد لقيام العذر وقد مرّ ان محمدا لم يشترط وجود الرائحة (او وجد منه) أى من الماخوذ (رائحة الخمر) بدون اقرار ولا بينة (أو تقايأها) اى الخمر (او رجع) المقرّ بالسكر أو شرب الخمر (عما أقرّ او اقرّ) وهو (سكران) وفسر السكر بقوله (بان زال عقله) وهو أن لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيأ هذا عند أبى حنيفة وعندهما من يهذى ويخلط جده بهزله وعليه أكثر المشايخ وعند الشافعى المعتبر ظهور أثر السكر فى مشيه وحركاته واطرافه (لا) يجب الحد فى هذه الصور كلها اما اذا أقرّ بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد فانه يقدر التقادم بمضى الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما فى الزنا وغيره وان أقرّ به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم واما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقايأها فلانه يحتمل انه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحدّ بالشك فان قلت كيف هذا وقد شرطتم فى الاوّل رائحة الخمر وههنا لم توجبوا الحد بنفس الرائحة لاحتمال الاشتباه قلت التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه أو نقول الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء وأما اذا رجع عن اقراره فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه واما اذا أقرّ وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفى اقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا أنه يقبل اقراره فى السرقة فى حق المال لانه من حقوق العباد بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل الرجوع وبخلاف ما اذا أزنى أو سرق أو شرب فى حالة السكر حيث يجب عليه الحد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امرأته وعند أبى يوسف ارتداده كفر ولو أسلم ينبغى أن يصح اسلامه كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرّم واما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا تعتبر تصرّفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء (وحد السكر) من الاشربة المحرّمة وغيرها (و) حد (الخمر ولو) شرب منها (قطرة ثمانون سوطا) وقال الشافعى أربعون لما روى عن أنس رضى الله عنه انّ النبى عليه السلام ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين وبه قال أحمد فى رواية ولنا قول على رضى الله عنه انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة رواه الدارقطنى ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة وما رواه كان بجريدتين والنعلين فكان كل ضربة بضربتين فكان حجة

لنا والذى يدلك على هذا قول أبى سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بنعلين فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه أحمد وفى الصحيح ان عثمان رضى الله عنه أمر عليا أن يجلد الوليد ثمانين (وللعبد) أى لا جله (نصفه) أى نصف الثمانين وهو أربعون سوطا لان الرق منصف (وفرق) الثمانون (على بدنه) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف وانما قال (كحد الزنا) تنبيها على انه يتوقى المواضع التى استثنيت فى حد الزنا وهى الرأس والوجه والفرج على الخلاف المذكور هنالك وينزع عنه الفرو والحشو ويجرد عن ثيابه فى المشهور عن أصحابنا لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه وعن محمد لا يجرد اظهارا للتخفيف بخلاف حد الزنا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (حد القذف)

وهو فى اللغة الرمى مطلقا ومنه القذافة للمقلاع والتقاذف الترامى وفى الشرع رمى مخصوص وهو الرمى بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لى بينة حاضرة فى المصر أمهله القاضى الى آخر المجلس وعن أبى يوسف انه يؤخره الى المجلس الثانى ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا (هو) أى حد القذف (كحد الشرب كمية) أى من حيث الكمية وهى العدد وهو ثمانون جلدة (وثبوتا) أى من حيث الثبوت وهو انه انما يثبت بشهادة رجلين كحد الشرب ولا تسمع فيه شهادة النساء (فلو قذف) رجل رجلا (محصنا او) قذف امرأة (محصنة بزنا) بان قال يا زانى أو زنيت ولو قال جامعت فلانة حراما أو فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد (حد) القاذف (بطلبه) أى بطلب المقذوف لانه حقه ضربا (مفرقا) على أعضاء القاذف لما ذكرنا فى حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه (ولا ينزع عنه) أى عن القاذف (غير الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف للاحتمال فى سببه بخلاف حد الزنا والشرب لان سببهما متيقن به (واحصانه) أى احصان المقذوف (بكونه مكلفا) أى عاقلا بالغا (حرا مسلما عفيفا عن زنا) فهذه خمس شرائط تدخل تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا (فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان فى) حالة (غضب) ومشاجرة (حد) القائل اذا كانت أمه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير ابيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة وشرط أن يكون فى غضب لانه فى غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أى انت لا تشبه أباك فى المروأة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفى حالة الغضب يراد به الحقيقة وكذا اذا قال انك ابن فلان لغير أبيه يحد اذا كان فى حالة المشاتمة وفى حالة الرضا لا يحد والقياس أن لا يكون قذفا فى الاحوال كلها للاحتمال ووجه الاستحسان ماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه بخلاف ما اذا نفى الولادة عن أبويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد فى الاحوال

كلها

كاهاوكذا اذا قال است لامك فلا يحد كذا فى التحفة لانه صدق لان النسب الى الآباء لا الى الامهات (وفى) حالة (غيره) أى غير الغضب (لا) يحد لماذكرنا ثم مثل عدم الحد ههنا بمسائل لا يجب الحد فيها بقوله (كنفيه) أى كنفى القائل لغيره (عن جده) لانه صادق فى كلامه فانه ابن ابنه لا ابن جده (و) كنحو (قوله لعربى) أى منسوب الى العرب وهم الجيل المعروفة وكل من سكن بلاد العرب وجزيرتها ونطق بلسان أهلها فهو عرب (يا نبطى) نسبة الى النبط وهم جيل من الناس بسواد العراق فهم ممن يذم أحد بالنسبة اليهم وعند مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية يحد اذا نوى به الشتم وكذا لا يحد فى نسبته الى غير قبيلته وعن مالك يحد فى كل نسبة لحقه العار عربيا أو عجميا (و) كنحو قوله لغيره (يا ابن ماء السماء) لانه مبالغة فى التشبيه بماء السماء وهو الوصف فى الجود والسخاء واللطف والصفاء وكان عمر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه (و) كذا لا يحد (بنسبته) أى بنسبته غيره (الى عمه وخاله ورابه) بتشديد الباء وهو الذى رباه لانه ينسب اليهم عادة مجازا وقال أشهب يحد فى نسبته الى هؤلاء عند المشاتمة (ولو قال) لغيره (يا ابن الزانية و) الحال ان (أمه ميتة فطلب الوالد أو) طلب (الولد أو) طلب (ولده) أى ولد الولد (حد) لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء مطالبته بوقوع القدح فى نسبهم بقذفها وعن محمد لا تثبت المطالبة لولد البنت ويجوز الطلب لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر وكذا لو كان أصل المحصن أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر وعند الشافعى لا يثبت هذا الحق الا للوارث حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنته المطالبة وهذا مبنى على أن الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى فلا يورث (ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده) فقوله أباه يرجع الى الولد وقوله سيده يرجع الى العبد (بقذف أمه) لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما وهذا بالاجماع الا فى رواية عن مالك يطالب أباه بقذف أمه (ويبطل) حد القذف (بموت المقذوف) وعند الشافعى لا يبطل وبه قال مالك وأحمد وهذا مبنى على الاصل الذى ذكر آنفا (لا) يبطل (بالرجوع) عن الاقرار لانه حق العبد وعلى أصل الثلاثة ينبغى أن يبطل به (و) لا يبطل أيضا (بالعفو) عن القاذف على الاصل المذكور وعلى أصلهم يبطل به وكذا على الخلاف على الاصل المذكور ولا يجوز الاعتياض عنه ولا عدم التداخل وعن أبى يوسف ان عفوه يصح لانتهاء الخصومة به (ولو قال) رجل لغيره (زنأت فى الجبل) بالهمز (وعنى) أى قصد (الصعود) على الجبل (حد) عندهما ولا يصدق لانه همز حرف اللين وذا من عادة العرب وقال محمد يصدق ولا يحد لانه يراد به الصعود فى اللغة وقد نوى حقيقة اللفظ وبه قال الشافعى ولو لم يعن به الصعود يحد اجماعا ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا (ولو قال) رجل لغيره (يا زانى وعكس) أى المخاطب بأن قال لا بل أنت زان (حدا) يعنى يحد ان كلاهما لان كل واحد قاذف (ولو قال) رجل (لامرأته يا زانية وعكست) المرأة بأن قالت لا بل أنت (حدت) المرأة لان قذفها يوجب الحد وقذفه يوجب اللعان فيبدأ بالحد لان فى بداءته فائدة وهو ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس بأهل للعان وهو معنى قوله (ولا لعان) ولا ابطال فى عكسه اصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو فى معنى الحد (ولو قالت) المرأة فى جواب الرجل فى المسائل المذكورة (زنيت بك

قوله عمر بن حارثة كذا بخط المؤلف والذى فى النهاية والزيلعى والبناية للمؤلف عامر بن حارثة اه من هامش

بطلا) أى الحد واللعان لاحتمال أن تريد به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بانها زنت فيسقط اللعان ويجب عليها الحد لانها قذفته وأن تريد به حال قيام النكاح ولكن سمته زنا للمقابلة لاجل غضبها فلا تكون مصدقة له ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فوجب كل واحد منهما فى حال دون حال فلم يجب واحد منهما بالشك وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك لاحتمال المذكور ولو قالت زنيت بك قبل أن أتزوجك يحد المرأة دونه ولو كان ذلك كما مع امرأة أجنبية حدت المرأة دونه (وان أقر) رجل (بولد ثم نفاه) اى نفى نسبه منه (يلاعن) لان نفى ولد امرأته يوجب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق او تفريق (وان عكس) الحكم الاول بان نفاه أولا ثم أقر بانه ولده (حد) الرجل ولا يلاعن لانه لما أقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه (والولد له) اى للرجل يعنى يثبت نسب الولد منه (فيهما) اى فى الوجهين لاقراره سابقا أو لاحقا (ولو قال) فى المسئلة المذكورة (ليس) الولد (بابنى ولا بابنك بطلا) اى الحد واللعان لانه انكر الولادة اصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبى لست بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه شئ (ومن قذف امرأة لم يدر) اى لم يعلم (ابو ولدها) سواء كان الولد حيا او ميتا (او) قذف امرأة (لاعنت بولد) بان كان اللعان بينها وبين زوجها بنفى ولد قيد بالولد لانها اذا لاعنت بغير ولد يحد قاذفها لعدم أمارة الزنا (أو) قذف (رجلا وطئ فى غير ملكه او) وطئ (امة مشتركة او) قذف رجلا (مسلما) قد كان (زنى فى كفره او) قذف (مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) فى الوجوه كلها اما فى الاول والثانى فلوجود امارة الزنا واما فى الثالث والرابع فلعدم العفة والاصل فيه أن كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه وان كان محرما لغيره حد قاذفه فالوطء فى غير الملك من كل وجه كالاجنبية أو من وجه كالامة المشتركة او فى الملك والحرمة مؤبدة كأمته التى حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوت حرمتها بالاجماع او بالخبر المشهور عند أبى حنيفة يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه وذكر الكرخى أنه لا يسقط الاحصان به والصحيح الاول ومن الحرمة لعينه جارية ابيه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامرأة ثم اشترى امها او بنتها او تزوجها فوطئها او زنى ابوه بامرأة ثم تزوجها الابن او اشتراها فوطئها وكذا لو تزوج محارمه ودخل بها او جمع بين الاختين او غيرهما من المحارم او تزوج امة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان وان كانت الحرمة غير مؤبدة كأمته المتزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا اذا اشترى امة شراء فاسدا او كان فى ملكه أمتان اختان فوطئهما او احداهما او وطئ مكاتبته او الحائض او امرأته التى ظاهر منها او المحرمة بالايلاء كل ذلك لا يسقط به الاحصان ولو نظر الى فرج امرأة او لمسها بشهوة ثم تزوج امها او بنتها او اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة خلافا لهما واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان او ذميا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب فيسقط به احصانه واما فى السادس فلتمكن الشبهة فى حرية المكاتب المذكور لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا الى موته حرا أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك (وحد قاذف واطئ امة مجوسية و) قاذف واطئ (حائض و) قاذف واطئ (مكاتبة) لان ملكه ثابت فيها

عندهما

عندهما خلافا لابى يوسف (و) كذا حد قاذف (مسلم نكح أمه فى) حالة (كفره) أو غيرها من المحارم عند ابى حنيفة وعندهما لا يحد قاذف هذا وهو مبنى على ان نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد مر فى النكاح (و) حد (مستأمن قذف مسلما) لانه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يحد لان الغالب فيه حق الله تعالى ثم رجع الى ماذكر (ومن قذف) مرارا رجلا واحدا او اكثر (اوزنى) مرارا عديدة (او شرب مرارا فحد فهو) اى الحد الواحد الذى حد به يقع (للكل) اى لحصول المقصود وللتداخل فى العقوبات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد حده لعدم حصول المقصود بالبعض لاختلاف الاسباب والاغراض فعلى هذا لو جلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يجلد جلدا مستأنفا للثانى وبطل الاول ولو قذف عبدا فأعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون وقال الشافعى رضى الله عنه ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة أو واحدا بزنا واحد وقد مر أصله فيه

هذا (فصل فى) بيان أحكام (التعزير) وهو من العزر وهو الرد والردع وأجمعت الامة على وجوبه فى كبيرة لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وبالصفع وبتعريك الاذان وبالكلام العنيف وبالضرب وقد يكون بنظر القاضى اليه بوجه عبوس وليس فيه شئ مقدر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ما تقتضى جناياتهم وقيل هو على مراتب تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول القاضى له بلغنى أنك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة فى ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء بهذا كله والضرب وعن أبى يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام وفى المنية رأى رجلا مع امرأته يزنى بها أو مع محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة جميعا ويثبت التعزير بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا يقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه ويشرع فى حق الصبيان والتكفيل (ومن قذف مملوكا أو) قذف (كافرا بالزنا) بأن قال يا زانى أو زنيت ونحوهما (أو) قذف (مسلما بيا) أى بقوله يا (فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطى يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث) وهو الذى لا غيرة له فى أهله وقيل الذى يتحقق ان امرأته على غير الطريق فيسكت عليه (يا مخنث) وهو الذى يؤتى كالمرأة (يا خائن يا ابن القحبة) والقحبة هى التى تأتى بالخبر بين الفتى والفتاة من جهة الزنا وفى عرف الناس اليوم القحبة هى التى تتقحب أى تخرج الى الفاحشة وهى أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة وفى العباب القحبة كلمة مولدة وقال ابن دريد القحبة الفاسدة الجوف من داء ومنه اشتقت الفاجرة غير أن العرب لم تعرف هذا الاسم (يا زنديق) وهو الذى يبطن الكفر ويظهر الاسلام (يا قرطبان) وهو الذى يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح قلت هو المعنى الذى يقصده العوام اليوم

بقولهم معرّس وهو بكسر الراء وبالسين المهملة وتلحن فيه العوام ويفتحون الراء ويأتون بالصاد وقيل القرطبان هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته (يا مأوى الزواني) وهو الذي يأوي اليه النساء الزانيات (أو يا مأوى (اللصوص يا حرام زاده) يعني يا مولود الحرام وزاده بفتح الزاي وسكون الالف وفتح الدال المهملة وفي آخره هاء ساكنة ومعناه المولود وقد عرف أن المضاف اليه يتقدم على المضاف في لغة العجم وقوله (عزر) جواب المذكور كله أما في قذف المملوك والكافر فلانه قذف صريح بالزنا لكن شرط اقامة الحد وهو الاحصان هو مفقود فتعين التعزير الا أنه لا يبلغ به غايته في الاول والرأي في الثاني الى الامام وفي فتاوى الولوالجي لو قال يا ابن الفاجرة يا ابن الفاسقة يا ابن القحبة يعزر (و) لو قذف مسلما (بيا) أي بقوله يا (كلب يا تيس يا سارق يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء) وهو على وزن فعال بالتشديد من البغي بمعنى الظلم وبمعنى الزنا وفي عرف الناس البغاء هو المخنث وفي شرح الوقاية لفظ البغاء من شتم العوام يتفوهون به فلا يعرفون ما يقولون وفيه نظر (يا مؤاجر) وهو من يؤاجر أهله للزنا ولكن معناه الحقيقي المتعارف لا يؤذن بالزنا يقال أجرت الاجير وآجرته اذا جعلت له على فعله أجرة (يا ولد الحرام يا عيار) على وزن فعال بالتشديد يمكن أن يكون من العير وهو الطبل أو العار وهو السبة والعيب وحكى الفراء رجل عيار اذا كان كثير التطواف والحركة ذكيا (يا ناكس يا منكوس) على وزن فاعل ومفعول من نكس الرجل نكسا فهو منكوس يقال تعسا له ونكسا وقيل النكس من القوم المقصر عن غاية النجدة والكرم والنكس أيضا الضعيف وكل ذلك صفة للذم (يا سخرة) بضم السين وسكون الخاء وهو الذي يسخر منه وأما سخرة بضم السين وفتح الخاء فهو الذي يسخر من الناس (يا ضحكة) بضم الضاد وسكون الحاء وهو الذي يضحك عليه الناس وأما بفتح الحاء فهو الذي يضحك عليهم (يا كشخان) قيل هو الذي تكون امرأته سليطة بذية اللسان وقال الليث الكشخان ليس من كلام العرب ومعناه الديوث الذي لا غيرة له فان أعرب قيل كشخان على وزن فعلال بكسر الفاء (يا ابله) يقال رجل ابله بين البله والبلاهة وهو الذي غلبت عليه سلامة الصدر وقد بله بالكسر وتبله والمرأة بلهاء (يا موسوس) من الوسواس بكسر الواو وهو حديث النفس أو من الوسواس بفتح الواو وهو اسم الشيطان وقوله (لا) يعزر جواب المذكور كله لانه صريح الكذب فلا يلحق به العار وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه لا يعزر وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد سبا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن ما قيل فيه ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة لو قال يا خنزير أو يا حمار عزر ولو قال لرجل صالح ذي المروأة يا فاسق يا لص يا مشرك يا كافر يا زنديق عزر ولو قال يا ابن القرطبان عزر وكذا لو قال يا جيفة يا خبيث يا سفيه كذا في الاجناس ولو قال يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام أو يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك أو قال أنت حجام أو مفتصد أو رستاقي لا تعزير فيه وفي فتاوى الولوالجي لو قال يا لاشيء أو يا منتوق لا يجب عليه التعزير وكذا لو قال يا ساحر يا مقامر يا ضحكة ثم قال هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر والظاهر أنه يجب وقال أيضا لو قال يا بليد

يا قذر

ياقذر يجب التعزير لانه ألحق الشين به وقال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يامقامر وقال الحاكم في الكافي ان قال يايهودي أويانصراني أويامجوسي أويا ابن اليهودي لاحد عليه ويعزر (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) عندهما وعند أبي يوسف تسعة وسبعون سوطا وعنه خمسة وسبعون وعنه انه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صريحا وعنه انه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره فابو يوسف اعتبر أدنى الحد في الاحرار ثم نقص سوطا في رواية وهو القياس وهو قول زفر وخمسة في أخرى وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده وهما نظرا الى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف وهو أربعون فنقصا منه سوطا وعند مالك لاحد له ويفوض الى الحاكم وعند الشافعي وأحمد في العبد تسعة عشر (وأقله) أي أقل التعزير (ثلاثة) أي ثلاث جلدات وهكذا ذكر القدوري فكأنه يرى أن مادونها لايقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلامعنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأي القاضي يقيمه بقدر مايرى المصلحة فيه على مابين التفصيل فيه وعليه المشايخ رحمهم الله وهو قول الثلاثة (وصح حبسه) أي حبس المعزر (بعد الضرب) اذا كان فيه مصلحة لانه قد لايحصل الغرض بذلك القدر من الضرب (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود وعن أبي يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط وذكر في حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء (ثم حد الزنا) لان جنايته أعظم حيث شرع فيه الرجم (ثم حد (الشرب) لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم بالرائحة (ثم) حد (القذف) لان سببه يحتمل جواز صدق القاذف وقد جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة التي تنزلت منزلة قطع لسانه فيخفف من حيث الوصف وعند مالك الكل سواء وعن أحمد حد الزنا أشد من التعزير (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر) يعني لايجب به شئ على أحد لان اقامة الحد من الواجبات والواجب لايجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يجاوز المعتاد وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لانه اذا مات يكون خطأ من الامام فضمان خطئه فيما يقيمه من الاحكام في بيت المال (بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة أو) لترك (الاجابة اذا دعاها الى فراشه أو) لاجل (ترك الصلاة) المفروضة (أو) ترك (الغسل) من الجنابة (أو) لاجل (الخروج من البيت) بغير اذنه فهذه خمسة أشياء يجوز للرجل أن يضرب زوجته فيها مقيدا بشرط السلامة فاذا ماتت يجب الضمان فان قلت يرد على هذا اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها حيث لايجب عليه شئ عند أبي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة قلت انما لايجب لاجل وجوب ضمان المهر في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لايجوز والله تعالى أعلم

❋ هذا (كتاب) في بيان أحكام (السرقة) ❋

هي على وزن فعلة بفتح الفاء وكسر العين من سرق يسرق من باب ضرب يضرب وهو في اللغة أخذ الشئ خفية بغير اذن صاحبه مالا كان أو غيره وفي الشرع (هي) اى السرقة (أخذ مكلف)

أى عاقل بالغ فلا يتعلق بسرقة المجنون والصبى شئ (خفية) أى من حيث الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء اذا كانت السرقة بالنهار وابتداء لاغير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة جهرا يقطع أيضا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف فيه بالخفية ابتداء لامتنع القطع فى أكثر السراق لاسيما فى ديار مصر بخلاف النهار لانه وقت يلحقه فيه الغوث وانما شرط أن يكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم قطع وان كان يعلم ان صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر وانتصاب (قدر) على انه مفعول المصدر أعنى قوله أخذ مكلف وهو مضاف الى قوله (عشرة دراهم) وهى نصاب السرقة عندنا وعند الشافعى قدر ربع دينار وعند مالك قدر ثلاثة دراهم لما روى انه عليه السلام قطع فى ثمن مجن ثمنه ثلاثة دراهم رواه الجماعة وفى لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعى قال كانت قيمة الدينار على عهد النبى عليه السلام اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر قلنا قال ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم كانت قيمة المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ولما اختلفوا فى قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به ذهبنا الى الاكثر للتيقن به لان أحدا لم يقل ان العشرة لم يقطع فيها وما دونها مختلف فيه فلا يجب القطع للشك والمعتبر فى هذه الدراهم وزن سبعة مثاقيل كما فى الزكاة وقوله (مضروبة) بالجر لانه صفة للعشرة وأشار بها الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع وعلى هذا أوانى الفضة أو الزيوف اذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم وقوله (محرزة) نصب على الحال من العشرة أى محفوظة بالحرز ولما كان الحرز بشيئين أشار اليهما بقوله (بمكان) وهو ما يعد لاحراز الامتعة فيه كالدور والبيوت والصندوق والحانوت ونحوها (أو حافظ) كمن جلس فى الصحراء أو فى المسجد أو فى الطريق ومعه متاع يحفظه وسواء كان نائما أو مستيقظا أو كان المتاع عنده بحضرته أو تحته هو الصحيح (فيقطع) أى اذا كان كذلك تقطع يده بالقيود المذكورة (ان أقر مرة) عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع الا اذا أقر مرتين فى مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود وبه قال زفر وأحمد ولهما أن الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما فى القصاص وذكر بشر رجوع أبى يوسف الى قولهما (أو شهد رجلان) لانه حد فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها وزمانها ويسأل المسروق منه هل هو أجنبى أو قريب من السارق أو زوج ويحبسه الى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير على ما مر (ولو) كان السراق (جمعا) أى جماعة (و) الحال أن (الاخذ بعضهم قطعوا) أى الجميع كلهم (ان أصاب الكل) واحد منهم (نصاب) أى عشرة دراهم لان المعتاد بينهم أن يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع ولو لم يصب لكل نصاب لا قطع وقال مالك يقطعون بنصاب واحد كالقصاص قلنا القصاص يتعلق بسبب لا يتجزأ وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة وسواء فى ذلك خرجوا معه من الحرز أو بعده أو خرج هو بعدهم فى فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر وهو

يقول

يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل فيقتصر عليه ولو كان فيهم صغيرا ومجنون سقط الحد عن الباقين عندهما وقال أبو يوسف ان تولى الاخذ الصغير أو المجنون لا يجب عليهم القطع وان أخذ الكبار العقلاء وجب (ولا يقطع) السارق (بخشب) أى بسرقة خشب الا الساج والابنوس فانه يقطع فيهما والا الخشب المعمول لانه وجدت فيه صنعة تربى قيمته على قيمة الاصل (وحشيش) أى حشيش كان حتى الوسمة والحناء وقيل فيهما القطع فى بلادنا لانهما يحرزان (وقصب وسمك) سواء كان طريا أو مالحا (وطير) بجميع أنواعه حتى البط والدجاج والحمام وفى شرح الطحاوى لا قطع على سارق الطير سواء كان صيد البر أو صيد البحر وفى الجامع الصغير رجل سرق طيرا يساوى عشرة دراهم لا يقطع وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم أراد به الطير الذى يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلى وقال بعضهم لا يجب القطع فى جميع الطيور وهذا القول أصح (وزرنيخ) بأنواعه (ومغرة) بالفتحات الثلاث والغين المعجمة ويجوز تسكين غينها وهى الطين الاحمر (ونورة) بالواو لا بالهمزة لان هذه الاشياء مباحة الاصل وكان القياس القطع فى الزرنيخ لانه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الاموال وعند الشافعى يقطع بكل مال لو كان نصابا الا فى التراب والماء والسرقين والاشربة المطربة لانه مال محرز وبه قال مالك وأحمد وهو رواية عن أبى يوسف (و) كذا لا يقطع فى (فاكهة رطبة) بأنواعها حتى العنب والرطب فى الاصح (أو) سرقها وهى (على شجر) لانها مما يتسارع اليه الفساد ولذلك قال عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر رواه أبو داود وغيره والكثر بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار وهو شئ أبيض لين يخرج من رأس النخلة وقال أبو عبيد الكثر جمار النخل فى كلام الانصار وهو الجذب أيضا وقال ابن دريد أهل العراق يسمون الجمار الجذب وقال صاحب الهداية وقيل الودى وهو الفسيل وهو صغار النخل قلت هذا التفسير لم يثبت فى قوانين اللغة وذكر المطرزى من قال الكثر الحطب أو صغار النخل فقد أخطا وفى الصحاح الجمار شحم النخل وفيه خلاف الثلاثة أيضا (و) كذا لا يقطع (فى لبن ولحم) سواء كان طريا أو قديدا لما ذكرنا وفيه خلاف الثلاثة أيضا وكذا لا يقطع فى الطعام فى القحط للضرورة وفى المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وقد جاء فى حديث عمر رضى الله عنه لا قطع فى عام سنة ولا فى عذق معلق (و) كذا لا يقطع فى (زرع لم يحصد) لانه لم يوجد فيه الاحراز (و) كذا لا يقطع فى (أشربة) مطربة أو غير مطربة بخلاف الخل والعسل فانه يقطع فيهما بالاجماع وفى المجرد قال أبو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر أبى يوسف لا قطع فى الرب والجلاب (و) كذا لا يقطع فى (طنبور) بضم الطاء وطبل ودف ومزمار وبربط لانه يتأول فيها الانكار والامر بالمعروف وعند بعض الشافعية يقطع فى دف وأخواته اذا بلغ نصابا بعد نقص ماليته وفى فتاوى الولوالجى رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوى عشرة تكلموا فيه والمختار انه لا يقطع فيه لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة (و) كذا لا يقطع فى (مصحف ولو) كان (محلى) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم وبه قال مالك وأحمد وهو رواية عن أبى يوسف وعنه انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا قلنا يتأول فيه القراءة والحلية تبع له (و) كذا لا يقطع فى (باب مسجد) لعدم الاحراز (و) كذا لا يقطع فى (صليب ذهب وشطرنج)

بكسر الشين (ونرد) بفتح النون وهو الذى تلعبه الافرنج لتأول الكسر بخلاف الدراهم التى
عليها التمثال ويقطع عند الشافعى وبعض الحنابلة فى الصليب الذهب والشطرنج والنرد وعن
أبى يوسف أن صليب الذهب اذا كان فى المصلى أى موضع صلاتهم لا يقطع وان كان فى بيت آخر
يقطع (و) كذا لا يقطع فى (صبى حر ولو) كان (معه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له
وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى يبلغ النصاب وبه قالت الثلاثة والخلاف فى غير المميز وفى
المميز لا يقطع اجماعا وان كان عليه حلى لانه خداع (و) كذا لا يقطع فى (عبد كبير) لانه غصب
(ودفاتر) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولو سرق الكواغد والجلود قبل الكتابة يقطع وفى
الغاية والمراد من الدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية أو شعر أو حديث أو تفسير وغير ذلك
بخلاف دفاتر الحساب وهى دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا لان المقصود من
أخذها الاوراق وقال الشارح وفى دفاتر الادب روايتان فى رواية ملحقة بالحساب وفى رواية
ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه (بخلاف) سرقة العبد (الصغير) والمراد به غير المميز لانه مال
وليس له يد معتبرة على نفسه فصار كالدواب وقال أبو يوسف لا يقطع فيه كما فى الكبير والمميز لانه
آدمى وان كان مالا من وجه وان كانت قيمته أقل من نصاب وفى اذنه شئ مثله يقطع باعتبار الضم
(و) بخلاف دفتر الحساب لانه لا يقصد ما فيها وكان المقصود كاغدها كما ذكرنا فيقطع اذا بلغت
نصابا وعند الثلاثة يقطع فى الكل وقوله (وكلب) عطف على ما ذكر من الاشياء التى لا يقطع فيها
لانه مباح الاصل (و) كذا لا يقطع فى (فهد) لانه مثل الكلب (و) كذا لا يقطع فى (دف وطبل
وبربط ومزمار) لما ذكرنا مع الخلاف فيها وكان ينبغى أن يذكر هذه الاشياء عند قوله وطنبور
(و) كذا لا يقطع (بخيانة ونهب واختلاس) لقوله عليه السلام ليس على خائن ولا منتهب ولا
مختلس قطع رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصححه الترمذى والانتهاب والاختلاس الاختطاف
لكن اختلاس الاختطاف بالتغافل وقيل الانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر
بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهارا (و) كذا لا يقطع (بنبش) أى بسبب
نبش القبور وأخذ الكفن منها سواء كان القبر فى بيت مقفول أو كان فى الصحراء لقوله عليه
السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وقال أبو يوسف يقطع لقوله عليه السلام
من نبش قطعناه وبه قالت الثلاثة قلنا هذا غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر فى آخره من قتل
عبده قتلناه ومن جدع جدعناه ولا يكاد يثبت هذا أبدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن
اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا رأى الامام فيه مصلحة (و) كذا لا يقطع فى سرقة (مال عامة)
وهو مال بيت المال (او) مال (مشترك) بينه وبين المسروق منه للشبهة (و) كذا لا يقطع فى السرقة
من مديونه (مثل دينه) من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وان كان مؤجلا يقطع قياسا ولا
يقطع استحسانا وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وان
سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع فى الصحيح لان النقدين جنس واحد حكما وان
كان عروضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى وعن أبى يوسف
لا يقطع (و) لا يقطع أيضا (بشئ) أى بسرقة شئ قد (قطع فيه و) الحال انه (لم يتغير) عن حالته
الاولى وان تغير بأن كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه يقطع

فيه

فيه ثانيا والقياس أن يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المالية فلا يقطع (ويقطع) السارق (بسرقة الساج) بالجيم وهو شجر عظيم جدا ولا ينبت الا في بلاد الهند ويحمل منها الى سائر البلاد (والقنا) مقصور جمع قناة وهي خشبة الرمح ألفها منقلبة عن الواو (والابنوس) بفتح الباء معرب (والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لان هذه الاشياء من أعز الاموال فصارت كالذهب والفضة وفي الاختيار لا قطع في العاج مالم يعمل فاذا عمل فيه شئ قطع فيه ولا قطع في الزجاج مطلقا وقيل في المصنوع يقطع ويقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد لا قطع في اللؤلؤ والياقوت ونحو ذلك لان أصله مباح كالزرنيخ ونحوه (و) كذا يقطع في (الاواني) المتخذة من الخشب كالقصاع والجفان (والابواب المتخذة من الخشب) اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الابواب الثقيلة وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها غير محرزة وكذا لا يقطع في البواري والآجر والفخار بخلاف الحصير البغدادي حيث قالوا يجب القطع فيها اذا بلغت نصابا قلت وكذلك الحصير الاسكندراني

*هذا (فصل في) بيان أحكام (الحرز) وهو في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشئ أي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص بنفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا (ومن سرق من ذي رحم محرم) منه لا يقطع لانه مأذون شرعا في دخول حرزهم وقال الشافعي يقطع لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي أن لا يقطع في الولاد للشبهة وقوله (لا برضاع) نفي الحكم السابق يعني يقطع اذا كانت المحرمية بسبب الرضاع والحكم المذكور منفي ونفي النفي اثبات والمعنى انه اذا سرق من بيت أبيه من الرضاع أو ابنه أو أخيه ونحو ذلك يقطع لعدم الشبهة وعن أبي يوسف أنه لا يقطع اذا سرق من أمه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة بخلاف أخته من الرضاع قال الشارح وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم قلت ليس كذلك لجواز أن يكون ذا رحم من النسب ومحرما من الرضاع فحينئذ يحتاج الى اخراجه (و) كذا لا يقطع اذا سرق الزوج (من زوجته و) كذا اذا سرقت الزوجة من (زوجها) لجريان الانبساط بين الزوجين في الحرز والمال وقال الشافعي في قول يقطع لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر يقطع في الزوج فقط وعن مالك اذا سرق من بيت سوى البيت الذي هما فيه يقطع (و) كذا لا يقطع اذا سرق العبد من (سيده و) كذا اذا سرق من (زوجته) أي زوجة سيده (و) كذا اذا سرق من (زوج سيدته) لانه مأذون له في الدخول عادة (و) كذا اذا سرق الرجل من (مكاتبه) لانه له حقا في أكسابه ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه (و) كذا اذا سرق من (ختنه) وهو زوج كل ذي رحم محرم منه (وصهره) وهو كل ذي رحم محرم من امرأته وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقطع في الفصلين لعدم الشبهة في المال والحرز وبه قالت الثلاثة وله ان الخلوة معهن مباح والدخول عليهن للزيارة

معتادفا ورث شبهة (و) كذا لا يقطع اذا سرق (من مغنم) لشبهة (و) كذا اذا سرق من (حمام) لاختلال الحرز هذا بالنهار وأما بالليل فانه يقطع وعند الثلاثة يقطع مطلقا اذا كان فيه حافظ وعن أبي حنيفة اذا سرق ثوبا من تحت رجل في حمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده وظاهر المذهب انه لا يقطع لانه حرز مكاني الا أنه اختل بسبب الاذن في دخوله فلم يعتبر الحرز بالحافظ بخلاف المسجد لانه ليس بحرز أصلا فاعتبر فيه الحرز بالحافظ وأفتى به محمد رحمه الله (و) كذا لا يقطع اذا سرق من (بيت اذن في دخوله) كالخانات وحوانيت التجار اذا كانت السرقة نهارا فلو سرق منها ليلا يقطع وقوله (لم يقطع) جواب المسائل المذكورة كلها (ومن سرق من المسجد متاعا وربه) أي صاحبه (عنده قطع) لانه محرز بالحافظ (وان سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا) يقطع اما في الاول فلانتفاء الحرز بالاذن وأما في الثاني فلعدم تحقق الاخذ من كل وجه (وان أخرجه) أي الشيء المسروق (من حجرة الى الدار) أي الى صحنها بان كانت الدار كبيرة وفيها حجر ومنازل وفي كل حجرة مقصورة وهي مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة (أو أغار) شخص (من أهل الحجر) على أهل (حجرة) أخرى فيما اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة بخلاف ما اذا كانت صغيرة فان حكمها حكم مكان واحد فلا يقطع الساكن ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها (أو نقب) السارق البيت (فدخل وألقى شيأ) من متاع البيت (في الطريق) ثم خرج (ثم أخذه) يقطع عندنا وقال زفر لا يقطع لانه ان رماه وتركه أو أخذه غيره لا يقطع فكذا اذا أخذه بنفسه ولنا أنه يخرج من الحرز بنفسه فتمت السرقة بخلاف ما اذا تركه لانه مضيع لا سارق (أو حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سير الحمار مضاف اليه وقوله (قطع) جواب المسائل الاربعة كلها (وان ناول) السارق المسروق شخصا (آخر من خارج) البيت بعد النقب والدخول فيه لم يقطع المناول لانه لم يوجد منه الاخراج ولا الخارج لانه لم يوجد منه هتك الحرز وعن أبي يوسف أن على الداخل القطع على كل حال وأما الخارج فان أدخل يده يقطع والا لا وبه قال الشافعي (أو أدخل يده في بيت) من النقب (وأخذه) فكذلك لا يقطع لما روي عن علي رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل كيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل هو وفيه خلاف أبي يوسف أيضا (أو طر) أي شق (صرة خارجة من كم) فكذلك لا يقطع لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع في الاحوال كلها توضيحه اذا حل الرباط وأخذ الدراهم فان كان الرباط خارجا والدراهم في باطن الكم قطع لانه يحتاج الى أن يدخل يده وان كان الرباط داخلا والدراهم في ظاهر الكم فحل الرباط لم يقطع والصرة هي الخرقة التي تشد فيها الدراهم والمراد ههنا هو الكم المشدود فيه الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها صرا اذا شددتها (أو سرق من قطار بعيرا أو) سرق (حملا) من ظهر دابة فكذلك لا يقطع لعدم الحرز وقوله (لا) يقطع جواب المسائل الخمس كلها (وان شق الحمل وأخذ منه) أي من الحمل (أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه متاع و) الحال أن (ربه) أي صاحبه (يحفظه أو نائم عليه) أي على

الجوالق

الجوالق (أو أدخل يده فى صندوق) صيرفى (أو) أدخل يده (فى جيب غيره أو) فى (كمه فأخذ المال قطع) فى الكل لوجود السرقة من الحرز والله أعلم

هذا (فصل فى) بيان (كيفية القطع واثباته) أى اثبات القطع (تقطع يمين السارق من الزند) وهو الرسغ لقراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهى مشهورة فجاز التقييد بها وأما كونه من الزند فلما صح أنه صلى الله عليه وسلم قطع السارق من الزند وهو حجة على من قال تقطع الاصابع فقط وعلى الخوارج فى قولهم تقطع من المنكب (ويحسم) بالحاء المهملة أى يكوى كى ينقطع الدم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطنى (و) يقطع (رجله اليسرى ان عاد) الى السرقة لقوله عليه الصلاة والسلام ان عاد فاقطعوه وعليه الاجماع (فان سرق ثالثا) لا يقطع ولكنه (يحبس حتى) أى الى أن (يتوب ولم يقطع) فى المرة الثالثة وقال الشافعى تقطع يده اليسرى وفى الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه وبه قال مالك ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على رضى الله عنه بقوله انى لاستحى من الله تعالى أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت قال الطحاوى تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا ولهذا لم يقتل فى الخامسة وان ذكر فيما روى ولئن صح فهو محمول على السياسة أو على النسخ ثم شبه عدم القطع فى الثالثة بقوله (كمن سرق) أى كما لا يقطع من سرق (و) الحال أن (ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) لان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش أو المشى (أو) كانت (اصبعان منها) أى من اليسرى مقطوعة أو شلاء (سواها) أى سوى الابهام لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يوجب خللا فى البطش ظاهرا (او) الحال أن (رجله اليمنى مقطوعة) لا تقطع رجله اليسرى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع فانه يقطع فى ظاهر الرواية لان استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) بأن أمره الحاكم بقطع يمناه سواء قطعها عمدا أو خطأ عند ابى حنيفة لانه أخلفه خيرا وقالا يضمن فى العمد لانه خالف الامر وبه قال الشافعى ومالك وقال زفر يضمن فى الخطا أيضا وهو القياس هذا اذا عين له الامام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا وأما اذا أطلق بأن قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع بالاتفاق وكذا لو أخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لانه قطعه بأمره هذا كله اذا كان بأمر الامام وأما اذا قطعه أحد قبل أن يقضى القاضى ولم يؤمر به يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطا اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لانه مقطوع اليد ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا (وطلب المسروق منه شرط القطع) حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق فى ذلك بين الشهادة والاقرار وقال الشافعى لا حاجة الى حضوره فى الاقرار دون البينة وقال ابن أبى ليلى لا يشترط حضوره أصلا وفى البدائع اذا أقر أنه سرق من فلان الغائب يقطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبى يوسف لا (ولو) كان المسروق منه (مودعا) بفتح الدال (او) كان (غاصبا او) كان (صاحب الربا) وهذا واصل بما قبله يعنى الخصومة شرط ولو كان واحدا من هؤلاء فيقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير

والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والاب والوصى ومتولى الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعى لا يقطع الا بخصومة المالك لان شبهة الاذن بالاخذ أو التمليك قائمة من المالك فالقطع لا يجب بالشبهة ولنا ان هذه سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حقهم فى الانتفاع واليد كالمالك (و يقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أى من المودع والغاصب وصاحب الربا كما مر بيانه (لا) يقطع (بطلب المالك او) طلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) صورته قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن للسارق ولا للمالك أن يقطع السارق الثانى لان المال غير متقوم بعد القطع فى حق الاول فلم ينعقد موجبه للقطع بخلاف ما اذا سرق منه قبل أن تقطع يده حيث يكون له ولرب المال القطع وليس للاول ولاية الاسترداد فى رواية وفى رواية له ذلك ليرده على المالك (ومن سرق شيأ ورده) أى الشئ المسروق (قبل الخصومة الى مالكه) لم يقطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة وعن أبى يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وهذا ظاهر فيما اذا ردها بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحسانا ولو ردها على ولده أو ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما وان كان فى عياله فهو كرده الى المالك فلا يقطع ان كان قبل المرافعة وكذا لو ردها على امرأته أو أجيره مسانهة أو مشاهرة أو عبده ولو رده الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليس فى عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع (أو ملكه) أى أو ملك السارق المسروق (بعد القضاء) بالقطع لم يقطع أيضا لان الامضاء من القضاء فى الحدود ولم يوجد كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق فى هذه الحالة وعن أبى يوسف انه يقطع وهو قول زفر والشافعى وأحمد فى رواية لوجود السرقة الموجبة للقطع (أو ادعى) السارق (أنه) أى المسروق (ملكه) بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة عليه لا يقطع أيضا للشبهة وقال الشافعى يقطع ما لم تقم بينة حتى لا ينسد باب الحد (ونقصت قيمته) أى قيمة المسروق (من النصاب) من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لم يقطع أيضا وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعى وأحمد لوجود النصاب عند الاخذ ولنا ان النصاب لما كان شرطا اشترط قيامه عند الامضاء ولو نقصت قيمته بنقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع أقل فانه يقطع وقوله (لم يقطع) جواب المسائل الاربعة (ولو أقرا) أى لو أقر اثنان (بسرقة ثم قال أحدهما هو) أى المسروق (مالى لم يقطعا) سواء ادعيا قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لان السرقة تثبت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه فأورث شبهة فى حق الآخر بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف أبى يوسف هو يقول لانه أقر بفعل مشترك وقد بطلت الشركة فلا تثبت ولهما أن الشركة لما لم تثبت بانكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر ما قتلت يقاد المقر وحده (ولو سرقا) أى ولو سرق اثنان (وغاب أحدهما وشهد) على صيغة المجهول أى شهد اثنان (على سرقتهما) أى على أنهما قد سرقا (قطع الآخر) وهو الحاضر لان سرقته ثبتت بالحجة وكان أبو حنيفة أولا يقول لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعى الشبهة عند حضوره ثم

رجع وقال يقطع (ولو أقر عبد بسرقة قطع) عند أبي حنيفة (وترد السرقة الى المسروق منه) ان كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن وقالا ان كان العبد مأذونا له أو مكاتبا أو كان المال المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند أبي يوسف يقطع والمال للمولى الا أن يصدقه المولى فيدفع الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال للمالك الا أن يصدقه المولى وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى الا أن يكون مأذونا له في التجارة فيصح اقراره في المال أو يصدقه المولى لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح ولمحمد ان اقرار المحجور عليه بالمال باطل فلا يقطع به بخلاف المأذون له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف أنه أقر على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه يقطع ولا يصدق اقراره في الثوب ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح لكونه آدميا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتبار القطع ويستوفى القطع بعد هلاك المال فحاصل هذا الخلاف راجع الى أن المال أصل أو القطع أو كلاهما فعنده القطع هو الاصل والمال تابع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه وعند أبي يوسف كلاهما أصل وحكى الطحاوى ان الاقاويل الثلاثة مروية عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد والثاني أخذ به أبو يوسف (ولا يجتمع قطع) يد السارق (وضمان) المال عندنا مطلقا يعني في الهلاك والاستهلاك واليسار والاعسار وعند الشافعي يجمع بينهما مطلقا لانهما حقان مختلفان في السبب فيستوفى كل منهما لان القطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال وبه قال أحمد وزفر وعند مالك يجمع بينهما اذا كان السارق موسرا وان كان معسرا فلا وأما اليسار فشرط عند ابن القاسم من حين السرقة الى القطع وعند أشهب الى أن تقام عليه السرقة ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد قطع يمينه أخرجه الدارقطني رواه أبو حنيفة عن ابن مسعود ولم يرو عن غيره خلاف فان قلت الحديث معلول قال الدراقطني وفي اسناده سعيد بن ابراهيم وهو مجهول ويروى من وجوه كلها لا تثبت ولو سلم احتمل أنه أراد بنفي الغرم نفي العذاب في الآخرة ويحتمل انه أراد أجرة الحداد ويحتمل انه أراد نفي الضمان أبدا كما كان في بدء الاسلام ومع هذه الاحتمالات لا يمكن الاحتجاج به لنفي الضمان قلت قول الدارقطني لا يقبل اذا انفرد وانما تكلموا في الحديث من حيث اسناده لانه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه وهذا ان ثبت فهو صفة الارسال والنبي عليه الصلاة والسلام ذكر الغرم منكرا في موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم فينتفي عنه جميع أنواع الغرم وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال انما لم يجب عليه الضمان في الحكم والقضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فالضمان واجب وهذا القول أحسن (وترد العين لو) كان (قائما) يعني اذا قطع السارق وكانت المسروقة قائمة في يده ترد على صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن وان استهلكها فكذلك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وفي

رواية الحسن عن أبى حنيفة يضمن وعن ابن سماعة عن محمد أنه يفتى باداء القيمة لانه أتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدى الى ايجاب ما ينافى القطع وكذلك فى قاطع الطريق اذا أخذ مالا أو قتل نفسا يفتى باداء الضمان والدية وكذا الباغى لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر فى حق الفتوى وفى الكافى هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبله فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا اختار القطع يقطع ولا يضمن (ولو قطع) السارق (لبعض السرقات) بأن سرق سرقات فهو بجميعها ثم بعد ذلك (لا يضمن شيأ) عند أبى حنيفة وقالا يضمن كلها الا التى قطع بها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بحضرتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق خلافا للشافعى لهما ان المسقط للضمان القطع وهو حصل للحاضر فلم يوجد لغيره فبقيت أموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى فاذا استوفى كان للكل وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصبا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد (ولو شق) السارق (ما سرق) بأن كان ثوبا فشقه نصفين (فى الدار) قبل أن يخرجه منها (ثم أخرجه) وقيمته عشرة دراهم بعد الشق (قطع) عندهما لان الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة وقال أبو يوسف لا يقطع لانه أحدث فيه سبب الملك فصار شبهة وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع اتفاقا وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع وتكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما يصلح الباقى لثوب فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص أكثر من نصف القيمة (ولو سرق شاة فذبحها) فى الدار (فأخرجها لا) يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ولو صنع) السارق الذهب أو الفضة التى سرقها (دراهم أو دنانير قطع وردها) أى الدراهم والدنانير الى المسروق منه عند أبى حنيفة وقالا لا سبيل الى المسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف فى الغصب فى أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف لو اتخذه حليا أو آنية (ولو) سرق ثوبا ثم (صبغه احمر فقطع لا يرد) أى لا يجب عليه رده (ولا يضمن) أيضا عندهما وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائمة من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل أولى ولهما ان صبغ السارق فى الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح وعند الثلاثة يؤخذ منه الثوب بلا ضمان شئ (ولو) صبغ السارق الثوب

(اسود

(أسود يرد) على صيغة المجهول أى يرد السارق الثوب المسروق على مالكه عند أبي حنيفة مجانا لان السواد نقصان عنده وقال أبو يوسف ليس له أخذه لان السواد زيادة متصلة وقال محمد هو كالاحمر فيرده الى المالك ويضمن المالك ما زاد الصبغ فيه

* هذا (باب) في بيان أحكام (قطع الطريق) *

شروطه في ظاهر الرواية ثلاثة الاول أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة والثاني أن لا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وعن أبي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا أو فيما بينهم وبين المصر أقل من مسيرة سفر يجرى عليهم أحكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس (أخذ قاصد قطع الطريق قبله) أى قبل قطع الطريق ومراده قبل أن يقتل نفسا وقبل أن يأخذ مالا قال الشارح الهاء ترجع الى غير مذكور ومراده أنه راجع الى ما قلنا من قولنا قبل أن يقتل نفسا وقبل ان يأخذ مالا وهذا تعسف جدا بل الضمير يرجع الى قطع الطريق كما ذكرنا لان أحوال قاطع الطريق أربعة الاول ان يأخذ قبل قتل النفس وأخذ المال أشار الشيخ الى ذلك بقوله قبله ثم بين حكم هذا الفصل بقوله (حبس حتى يتوب) لقوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال لتفاوت الجنايات ففي الحالة الاولى هو الحبس وهو النفي المذكور في الآية المذكورة لان الحبس نفي لهم ودفع لفسادهم وعند مالك الامام مخير أى شئ شاء من هذه الاجزئة فعل بكل واحد من الجناية لان كلمة أو تقتضى ذلك قلنا انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام وعند الشافعي ينفى من البلد وعنه يحبس ستة أشهر وعنه يحبس سنة وعند أحمد يشرد ولا يترك في بلد يأوى اليه (وان أخذ) قاطع الطريق (مالا معصوما) بأن كان لمسلم أو ذمى واحترز به عن مال المستأمن فانه غير معصوم (قطع يده ورجله من خلاف) وهى الحالة الثانية المذكورة في الآية وهى أن يؤخذ بعد ما أخذ المال ولم يقتل النفس وأصاب كل واحد منهم نصابا فانه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وعند مالك أى مقدار سرق قطع (وان قتل) قاطع الطريق نفسا محرمة ولم يأخذ المال (قتل حدا) أى من حيث كونه حدا حقا لله تعالى (وان عفا الولى) أى ولى المقتول وهو واصل بما قبله أى ولو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم وشرطه أن يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل وقال الشافعي الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى وهذه هى الحالة الثالثة (وان قتل) قاطع الطريق نفسا (وأخذ) المال وهى الحالة الرابعة وحكمها ما ذكره بقوله (قطع) يده ورجله من خلاف (وقتل وصلب) فالحاصل ان الامام مخير عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه بين أمور ثلاثة ان شاء قطع وقتل وصلب على ما مر ذكره وان شاء قتل فقط أشار اليه بقوله (أو قتل) وان شاء صلب أشار اليه بقوله (او صلب) وكل هذه الافعال على صيغة المجهول وفاعلها في الحقيقة هو الامام وبقول أبي حنيفة قال زفر وعند محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع وأبو يوسف معه في المشهور وعن أبي يوسف أنه يصلب مطلقا يعنى قبل القتل وبعده وعند الشافعي واحمد يصلب فقط ولا يقطع وعند مالك ان كان جلدا يصلب والا فلا (ويصلب) قاطع الطريق حال كونه (حيا ثلاثة أيام ويبعج) أى يطعن (بطنه برمح حتى يموت) لان هذا أبلغ في الردع وعن الطحاوى أنه يقتل ثم

يصلب وهو قول الشافعي ولا يترك اكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير ويؤذى الناس وهو الاصح عند الشافعي وعن ابي يوسف أنه يترك حتى يتقطع ويسقط لانه أبلغ في الارداع وعن أحمد يترك بقدر ما يحصل التشهير وعن مالك هو مفوض الى رأى الامام (ولم يضمن) قاطع الطريق (ما أخذ) من المال بعد ما أقيم عليه الحد كما في السرقة الصغرى (وغير المباشر) من قطاع الطريق (كالمباشر) في الاخذ والقتل حتى تجرى أحكامه على الكامل بمباشرة بعضهم وقال الشافعي لا يحد الا المباشر كحد الزنا ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة (والعصا والحجر) في القتل (كالسيف) لان قطع الطريق يحصل بالقتل بأى آلة كانت بل يأخذ المال بغير قتل أو بمجرد الاخافة على مامر بخلاف القصاص لانه بقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل (وان أخذ) قاطع الطريق (مالا وجرح قطع) يده ورجله من خلاف (وبطل) حكم (الجرح) لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان جرح) قاطع الطريق (فقط) أى ولم يقتل ولم يأخذ مالا لا يحد لان هذه ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد فيقتص فيما فيه قصاص ويأخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء (أو قتل) قاطع الطريق نفسا (فتاب) قبل أن يؤخذ فكذلك لا يحد للتوبة ويصير الامر الى الاولياء في القصاص والارش على مامر (أو كان بعض القطاع غير مكلف) بأن كان صبيا أو مجنونا فكذلك لا يحدون كلهم لانها جناية واحدة قائمة بالكل فكان فعل البعض بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم وعن أبى يوسف اذا باشر العقلاء منهم القتل يحد الباقون لان المباشر هو الاصل حتى اذا كان المباشر هو الصبى أو المجنون فالحكم بالعكس وبه قالت الثلاثة وفي قوله غير مكلف اشارة الى ان المرأة اذا قطعت الطريق تجرى عليها الاحكام وقيل لا تكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن أبي يوسف أنها تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا كالصبى خلافا لابي يوسف (أو) كان بعض القطاع (ذا رحم محرم من المقطوع عليه) فكذلك لا يحدون لان القافلة كالحرز فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فسقط الحد وسواء كان المال المأخوذ مشتركا بين من قطع عليهم الطريق أو غير مشترك وهو الصحيح وعند الثلاثة يحد كغيرهم واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء (أو قطع بعض القافلة على البعض) فكذلك لا يحدون لان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد (أو قطع) شخص الطريق ليلا أو نهارا (بمصر) أى في مصر (أو) قطع ليلا أو نهارا (بين مصرين) فكذلك لا يحدون لان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه وعند الشافعي يكون قاطع الطريق في المصر لوجود حقيقة القطع وعن أبي يوسف ان قصدوا في مصر بالسلاح تجرى عليهم أحكام قطاع الطريق وان قصدوا بالحجر والخشبة فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان بقرب منه وان كان في المصر فكذلك بالليل لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجرى عليهم أحكام قطاع الطريق واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى وقوله (لم يحد) جواب المسائل المذكورة من قوله وان جرح الى هنا واذا لم يحد يكون الامر للاولياء اشار اليه بقوله (فأقاد) أى اقتص (الولى) أى ولى المقتول في المسائل المذكورة ان شاء (أو عفا) عنهم

فى القصاص والمال جميعا لان الحق له (ومن خنق فى المصر غير مرة) أراد انه عمل الخنق عادة له (قتل به) أى بسبب ذلك سياسة دفعا لشره وفتنته عن العباد وفى قوله غير مرة اشارة الى انه لا يقتل بمرة واحدة وقال فى الهداية ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبى حنيفة وفى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل خنق رجلا بمخنقة خناق حتى قتله قال فالدية على عاقلته فان وجد وقد خنق غير مرة فى المصر وغير المصر فللامام أن يقتله وذكر المخنقة من الخواص وأراد بها أن القصاص لا يجب مع ذلك وقال فخر الاسلام البزدوى مخنقة الخناق هى الوتر وما يجرى مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بنى على العادة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (السير)

وهو جمع سيرة وهى الطريقة خيرا كان أو شرا ومنه سيرة العمرين أى طريقتهما وسمى هذا الكتاب بذلك لانه يجمع سير النبى صلى الله عليه وسلم وطرقه فى مغازيه وسير الصحابة رضى الله تعالى عنهم وما نقل عنهم فى ذلك (الجهاد) هو بذل الطاقة وتحمل المشقة فى سبيل الله لاعلاء كلمته ونصرة دينه وهو (فرض كفاية) أما كونه فرضا فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وغيره من الآيات التى فيها الامر بقتالهم ولقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وأما كونه كفاية فلانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد فى نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام وأشار بقوله (ابتداء) الى أن قتال الكفار فرض وان لم يبدؤنا للعام من النصوص وقال الثورى لا يجب ما لم يبدؤنا ويجوز القتال فى الاشهر الحرم وقال عطاء لا يجوز قلنا تحريم القتال فى الاشهر الحرم منسوخ وانتصابه على الظرفية بتقدير فى أى فى ابتداء الامر منا وان لم يكن منهم (ان قام به) أى بالجهاد (بعض) من الناس (سقط عن الكل) أى عن الذين جاهدوا والذين لم يجاهدوا وهذا حكم فرض الكفاية أن البعض اذا قام به يسقط عن الباقين كما ذكرنا (والا) أى وان لم يقم به البعض (اثموا) أى اثم الكل (بتركه) لانه واجب على الكل فيأثمون بتركه (ولا يجب) الجهاد (على صبى) لعدم الخطاب (وامرأة وعبد) لاشتغالهما بخدمة الزوج والمولى (وأعمى ومقعد واقطع) أى مقطوع اليدين لعجزهم اللازم (و) الجهاد (فرض عين ان هجم) أى غلب (العدو) فحينئذ يتعين على الكل (فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) لان الفروض المتعينة متقدمة على حق المولى والزوج أصله صلاة الفرض وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفى غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر وان لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج الا باذن الدائن الا فى النفير العام (وكره الجعل) بضم الجيم وهو الذى يضربه الامام على الناس للذين يخرجون الى الجهاد (ان وجد فىء) أى شئ من مال الغنيمة الموضوع فى بيت المال لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه (والا) أى وان لم يوجد فىء فى بيت المال (لا) يكره الجعل لمساس الحاجة وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان

عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضى الله عنه كان يغزى العزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا والصحيح الاول والشاخص هو الذاهب الى العدو وأصله من شخص من مكان الى مكان اذا سار فى ارتفاع فاذا سار فى حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد (فان حاصرناهم) أى الكفار (ندعوهم الى الاسلام) أولا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم رواه أحمد (فان أسلموا) كففنا عن قتالهم لحصول المقصود (والا) أى وان لم يسلموا ندعوهم (الى) أداء (الجزية) لما روى أنه عليه السلام كان اذا أمّر أميرا على جيش أو سرية أمره به فى حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه هذا فى حق من تقبل منه الجزية كأهل الكتاب والمجوس او عبدة الاوثان من العجم وأما من لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلا ندعوهم الى أداء الجزية لعدم الفائدة اذ لا يقبل منهم الا الاسلام (فان قبلوا) أداء الجزية (فلهم ما لنا) من المنافع (وعليهم ما علينا) من المضارّ (ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة) بفتح الدال وكذا فى الدعوة الى الطعام وأما فى النسب فبكسر الدال كذا لكافة العرب الا عدى الرباب فانهم يكسرون دعوة الطعام ويفتحون فى النسب وقيل الفتح فى الطعام والضم فى الحرب والكسر فى النسب وانما لا نقاتل من لم تبلغه الدعوة (الى الاسلام) لما روينا ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم خلافا للشافعى (وندعو ندبا) أى استحبابا وهو نصب على التمييز (من بلغته) الدعوة مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لما روى عن البراء بن عازب أنه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطا من الانصار الى أبى رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلا فقتله وهو نائم رواه أحمد والبخارى وفى المحيط تقديم الدعوة الى الاسلام على القتال كان فى ابتدا الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض وأما بعد ما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا يدعى يحل له القتال قبل الدعوة (والا) أى وان لم يقبلوا الجزية (نستعين بالله تعالى) عليهم (ونحاربهم بنصب المجانيق) على حصونهم وأسوار مدائنهم وهو جمع منجنيق لما روى الترمذى أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بويرة كان فيها نخل وهو بضم الباء الموحدة موضع من بلد بنى النضير (و) نحاربهم أيضا بانواع الحراب نحو (حرقهم) بالنار أراد حرق دورهم وأمتعتهم ونحو ذلك (وغرقهم) بتسييب المياه على دورهم وبساتينهم وعلى أنفسهم أيضا (وقطع أشجارهم وافساد زروعهم) أو بارسال الدوابّ فيها أو اطلاق النار ونحو ذلك (ورميهم) بالنبال والحجارة لانّ فى هذه الاشياء الحاق الكبت والغيظ بهم وتفريق شملهم وهذا كله بالاجماع الا فى رواية للشافعى وأحمد نفعل بهم ما يفعلونه بنا وقوله (وان تترسوا ببعضنا) واصل بما قبله يعنى يجوز رميهم وان كانوا تترسوا ببعض المسلمين الذى عندهم من الاسرى أو التجار لانّ دفع الضرر العامّ يجوز مع الضرر الخاص ولكن يقصدون بالرمى الكفار لانّ التميز بالنية ممكن وهو معنى قوله (ونقصدهم) أى الكفار حتى لو أصيب منهم لم يجب عليه الكفارة ولا الدية وعند الثلاثة لا يرمون ان تترسوا بهم اذا علم أنهم يتلفون به الا أن يخافوا انهزامهم فتجب الكفارة والدية عند الاصابة وبه قال الحسن (ونهينا) أى نهانا الشارع (عن اخراج مصحف و) اخراج (امرأة فى سرية) وهى أربعمائة

رجل

رجل حال كونهما (يخاف عليهما) لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله عليه السلام لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدوّ وقيل قارئ القرآن وتعريض المرأة على الضياع والفضائح وان كان العسكر عظيما فلا بأس باخراجهما لانّ الغالب عليه السلامة (و) نهينا أيضا عن (غدر) أى خيانة ونقض عهد (وغلول) وهو السرقة فى المغنم (و) عن (مثلة) أيضا وهى أن يجدع المقتول أو يقطع عضو منه لقوله عليه السلام لاتمثلوا ولاتغدروا ولاتقتلوا وليدا رواه أحمد وابن ماجه وفى الاختيار النهى بعد الظفر بهم ولا باس به قبله لانه أبلغ فى كبتهم واضرّ بهم وهذا احسن (و) نهينا أيضا عن (قتل امرأة) لما روى أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه البخارى ومسلم وآخرون (و) عن قتل (غير مكلف) مثل الصبيان والمجانين لما روينا (و) عن قتل (شيخ فان) لقوله عليه السلام لاتقتلوا شيخا فانيا الحديث رواه أبو داود (و) عن قتل (أعمى ومقعد) لعدم تحقق الحرب منهما وقال الشافعى يقتلان وكذلك الشيخ (الا أن يكون أحدهم) أى أحد هؤلاء الذين لايجوز قتلهم (ذا رأى) أى صاحب رأى وتدبير (فى) أمر (الحرب أو) يكون أحدهم (ملكا) فحينئذ يقتل لانّ فى قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين لانه كان صاحب رأى وهو أعمى (و) نهينا أيضا عن (قتل أب مشرك) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليست البداءة بالقتل من المعروف (وليأب الابن) يعنى ليمتنع عنه اذا أدركه فى الصف أو غيره (ليقتله غيره) لحصول المقصود بقتل غيره وان لم يكن ثمة من يقتله لايمكنه من الرجوع حتى لايعود حربا علينا ولكنه يلجئه الى مكان يستمسك به حتى يجىء غيره فيقتله وان قصد الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس بقتله لانّ هذا دفع عن نفسه وهو له أن يدفع أباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر أولى وكذا له أن يؤثر حياته ألا ترى انه لو كان للابن ماء يكفى أحدهما فللابن أن يشربه وان كان الاب يموت عطشا ولهذا يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه ومع هذا لو قتله لايجب عليه شئ لعدم العاصم واجداده وجداته من قبل الاب والام كابويه ولا يكره قتل أخيه وخاله وعمه المشركين بخلاف أخيه الباغى حيث لايجوز له قتله وكذا يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لايجب احياؤه ولهذا لاتجب عليه نفقة ابنه المحارب (ونصالحهم) أى الكفار (ولو) كان الصلح (بمال) يؤخذ منهم أو يدفع اليهم (ان) كان الصلح (خيرا) فى حق المسلمين لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أى ان مالوا الى الصلح بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير لانه يكون ترك جهاد صورة ومعنى وهو فرض فلايجوز تركه من غير عذر ثم المال الذى يؤخذ منهم بالصلح يصرف مصارف الجزية (وننبذ) أى ننقض الصلح بعد حصوله (لو) كان نقضه (خيرا) لانّ المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا ويكون النبذ على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان أمنهم واحد من المسلمين سرّا نكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبلها وأما اذا مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم وان كان الصلح على جعل فنقضه قبل مضى المدة ردّه عليهم بحصته (ونقاتل) بعد الصلح (بلا نبذ لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم (و) يصالح

(المرتدين بلا) أخذ (مال) منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فيه اذا كانت فيه مصلحة وانما لم يؤخذ منهم مال لانه يشبه الجزية وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا (فان أخذ) المال منهم على الصلح (لم يرد) عليهم لأن أموالهم غير معصومة (ولم نبع سلاحا منهم) أى من أهل الحرب لورود النهى فيه وكذا الكراع والحديد والرقيق سواء قبل الصلح أو بعده (ولم نقتل من أمنه) منهم (حر أو حرة) لان أمان واحد حر من المسلمين كافرا واحدا أو جماعة صحيح لقوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم رواه احمد الذمة العهدة وأدناهم أى أقلهم عددا وهو الواحد وأجاز عليه السلام أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة فيما رواه البخارى ومسلم وأحمد وانما قيد الحرية فى الواحد لان الرقيق ليس من أهل الجهاد (ونبذ) الامام أمان الواحد (لو) كان (شرا) بأن كان فيه مفسدة رعاية لمصالح المسلمين ويؤدبه الامام لانفراده برأيه (وبطل أمان ذمى) لانه متهم بهم (و) أمان (أسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف وكذا أمان المسلم الذى أسلم فيهم ولم يهاجر الينا (و) أمان (عبد محجور) عليه (عن القتال) عندهما وعند محمد يجوز أمانه لمطلق ماروينا وبه قال الشافعى ومالك وأحمد فى رواية وذكر الكرخى ان أبا يوسف مع محمد ولهما انه تصرف على المولى وانه لا يعرى عن احتمال الضرر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الغنائم وقسمتها)

(ما) أى كل بلد (فتح الامام) من بلاد الكفر (عنوة) يعنى قهرا وغلبة وانتصابها على التمييز فهو مخير فيه ان شاء (قسم بيننا) أراد بين الغانمين بعد اخراج الخمس (أو أقر أهلها) عليها (ووضع الجزية) على رؤسهم (والخراج) على أراضيهم وقال الشافعى ليس له ذلك لانها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم وقهرهم فلا يجوز أخذها منهم وبه قال أحمد فى رواية ولنا ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك الناس بيانا ليس لهم من شئ مافتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر لكنى أتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخارى وفعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق ماذكرنا بموافقة الصحابة ولم ينكر أحد على ذلك فكان ذلك اجماعا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولو طابت أنفسهم بوقف أراضيها عليهم يقفها عند الشافعى وأحمد وعند مالك فى رواية وأحمد فى رواية تصير وقفا عليهم بنفس الظهور وعنهما يخير الامام بين القسمة والوقف وقال بعض أصحابنا الاولى القسمة بين الغانمين عند حاجتهم فان لم تكن لهم حاجة تعد لنوائب المسلمين وهذا كله فى العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز به المن عليهم لانه لم يرد فى الشرع (وقتل) الامام (الاسرى) ان شاء كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فانه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم (أو استرق) الامام أى جعلهم ارقاء دفعا لشرهم مع انتفاع المسلمين بهم (أو ترك) الامام هؤلاء (احرارا) حال كونهم (ذمة لنا) أى للمسلمين يضع عليهم الخراج كما فعل عمر رضى الله عنه الا من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا السيف أو الاسلام وكذلك المرتدون على ما يجىء ان شاء الله تعالى (وحرم ردهم) أى رد الاسرى (الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا عليهم (و) حرم (الفداء)

قوله بيانا بيانا بين ثابتهما مشددة قال المجد وهم بيان واحد وعلى بيان واحد ويخفف أى طريقة اه

ايضا

أيضا عند أبي حنيفة يعني لا يجوز أن يفادي الامام بالاسارى أي لا يعطي أساراهم ويستنقذ بهم أسارى المسلمين من أيديهم وقالا يجوز مفاداة الاسارى بأسارى المسلمين وأما المفاداة بالمال فلا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز الامران لقوله تعالى فاما منا بعد واما فداء أي فاما تمنون منا واما تفدون فداء وعن محمد لا بأس به عند الحاجة وهو رواية عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها قلنا نسخ ذلك بآية السيف ولهما في جواز مفاداة الاسارى بالاسارى ان في ذلك تخليص المسلم من يد الكافر وذلك أولى من قتل الكافر أو الانتفاع به وله ان المفاداة اعانة لاعداء الدين وتقوية لهم بعود الاسارى اليهم حربا علينا ودفع شر الحرب أولى من استنقاذ الاسير المسلم (و) حرم (المن) على الاسارى ايضا وهو أن يطلقهم مجانا بغير أخذ شئ وقال الشافعي يجوز لما فعله عليه السلام من المن على بعض الاسارى يوم بدر وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا ناسخ لما رواه (و) حرم أيضا (عقر مواش) وهو قطع عراقيبها لانه مثلة وقال مالك تعقر لئلا ينتفع بها وقوله (شق اخراجها) جملة وقعت صفة لمواش يعني اذا عاد الامام الى دار الاسلام ولهم هنالك مواش عجزوا عن سوقها معهم واخراجها عن دار الحرب لا تعقر ولا تترك أيضا هنالك (فتذبح وتحرق) لان ذبح الحيوان لغرض صحيح جائز وفي ذبحها كسر شوكة الاعداء واعدامهم هذه المنفعة المرغوبة فيها وانما تحرق بعد الذبح قطعا لمادة الانتفاع وعند الشافعي يتركها هنالك ولا يذبحها وبه قال أحمد ولنا ما قلنا وتحرق الاسلحة وما لا يحرق منها يدفن في مكان لا يقفون عليه كي لا ينتفعوا بها وان تعذر نقل السبي يقتل الرجال منهم وتخلى الذرارى في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كي لا يعود ضررهم علينا بالتوالد (و) حرم أيضا (قسمة الغنيمة في دارهم) أي في دار أهل الحرب وقال الشافعي يجوز بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على أصل وهو أن الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبنى على هذا مسائل منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار يشاركونهم عندنا خلافا له ومنها ان واحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبي فولدت فادعاه لا يثبت نسبه عندنا خلافا له فيجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعندنا لا يجوز خلافا له ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار لا يورث نصيبه عندنا خلافا له ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة يضمن عندنا خلافا له ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا خلافا له وبقوله قال مالك وأحمد الا أن مالكا قال تؤخر قسمة السبي الى دار الاسلام ثم حرمة قسمة الغنيمة في دارهم هي قولهما وعند محمد يكره كراهة تنزيه وقيل جائز بالاتفاق لانه فعل مجتهد فيه وقد أمضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد فهو موضع الخلاف (لا) تحرم قسمة الغنيمة (للايداع) أي لاجل أن يودعها عند الغانمين بأن لم يجد ما يحمل عليها الغنائم فقسمها بينهم قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم ويقسمها بينهم فان أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجرة المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة فضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليهما اجارة أخرى بأجر المثل ولا يجبرهم في رواية السير

قوله يضمن عندنا كتب عليه بهامش صوابه لا يضمن كما في النهاية والزيلعي وغيرهما اهـ

الصغير لانه لايجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا انفقت دابته فى المفازة ومع رفيقه دابة لايجبر
على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه (و) حرم أيضا (بيعها)
أى بيع الغنائم (قبلها) أى قبل القسمة وعند الثلاثة تباع والحجة عليهم ماروى عنه عليه السلام
لايحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغنما حتى يقسم ولا أن يلبس ثوبا من فىء
المسلمين حتى اذا أخلقه ردّه فيه ولا أن يركب دابة من فىء المسلمين حتى اذا أعجفها ردّها رواه
أحمد وأبو داود (وشرك) أى اشترك (الردء) بكسر الراء وسكون الدال المهملتين وهو المعين من
اردأت أى أعنت وفلان ردء فلان أى معينه (والمدد فيها) أى فى الغنيمة لاستوائهما فى السبب
الذى هو مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب على قصد القتال وقال الشافعى
لايشاركهم المدد بعد انقضاء القتال وهذا مبنى على أن السبب هو المجاوزة عندنا وشهود
الوقعة عنده على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى (لا) يشرك (السوقى) وهو الذى يخرج
مع العسكر للبيع والشراء (بلا قتال) فان قاتل يشاركهم لانه بمباشرة القتال ظهر ان قصده
القتال والتجارة تبع له بخلاف ما اذا لم يقاتل وفى قول للشافعى يسهم له لانه شهد الوقعة
(و) لا يشرك أيضا (من مات فيها) أى فى دار الحرب قبل أن تخرج الغنيمة الى دار الاسلام
(و) اذا مات (بعد الاحراز بدارنا) أى بدار الاسلام (يورث نصيبه) وعند الشافعى يورث
اذا مات بعد استقرار الهزيمة وبه قال مالك وأحمد وهو مبنى على الاصل المذكور (وينتفع
فيها) أى فى دار الحرب (بعلف) الدابة (وطعام) سواء كان مهيأ للأكل أو لا يكون حتى يجوز
ذبح المواشى من البقر والغنم والجزور ولكن يردون جلودها فى الغنيمة وكذلك أكل الحبوب
والسكر والفواكه الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شئ هو مأكول عادة (وحطب
وسلاح ودهن) بفتح الدال أى دهن أبدانهم أو دوابهم وافردوابهم للتصليب لما روى عن ابن عمر
رضى الله عنهما أنه قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخارى
وفى رواية لا يتناولون الا للحاجة لانه مشترك وعند الشافعى وأحمد فى قول لايجوز الادهان
ولا التداوى بالادوية والسكر والفانيد وعند مالك لا ينتفع فى غير القوت وهذا الاطلاق فى حق
من له سهم فى الغنيمة أو من يرضخ له منها غنيا كان أو فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء
والمماليك وكذلك المدد لان لهم سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا أن يكون خبز الحنطة
أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لايجوز له أن يتناوله مثل
الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك والباء فى قوله (بلا قسمة) تتعلق بقوله وينتفع
أى ينتفع بهذه الاشياء بلا قسمة بينهم (ولا نبيعها) أى الاشياء المذكورة لانها تملك بالاخذ
وانما أبيح التناول للضرورة فان باع أحد شيأ من ذلك ردّ ثمنه الى الغنيمة (وبعد الخروج منها)
أى من دار الحرب (لا) ينتفعون بالاشياء المذكورة لزوال الضرورة (وما) أى الذى (فضل)
فى يده من الذى كان أخذه قبل الخروج من دار الحرب لينتفع به (ردّه الى الغنيمة) بعد الخروج
الى دار الاسلام لزوال حاجته وهذا قبل القسمة وبعدها اذا كان غنيا تصدق بعينه ان كان
قائما أو بقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شئ عليه ان هلك لانه لما تعذر الردّ صار
فى حكم اللقطة (ومن أسلم منهم) أى من أهل دار الحرب فى دار الحرب (أحرز) باسلامه (نفسه

وطفله) أى أولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون وان أسلم بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك (و) كذلك أحرز (كل مال معه) لما ذكرنا (أو) كان ماله (وديعة عند مسلم أو ذمى) فكذلك يحرزها اذ يد المودع يده (دون ولده الكبير) يعنى لا يحرز لانه حربى (وزوجته) لانها حربية غير تابعة له فتسترق (وحملها) لانه جزء منها فيتبعها فى الرق وعند الشافعى لا يكون الحمل فيأ لانه مسلم تبعا لابيه كالولد المنفصل وبه قال مالك وأحمد قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا فى حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافى بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية (و) دون (عقاره) لانه ليس فى يده فيكون فيأ وقال الشافعى هو له ولا يكون فيأ لانه فى يده كالمنقول وهو رواية عن محمد وعن أبى يوسف روايتان أيضا (و) دون (عبده المقاتل) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وما كان غصبا فى يد حربى أو وديعة فىء وكذا اذا كان فى يد مسلم أو ذمى غصبا عند أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ وأبو يوسف معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى أخرى والله أعلم

* هذا (فصل) فى بيان كيفية القسمة (للراجل سهم) بالاجماع (وللفارس سهمان) عند أبى حنيفة وقالا له ثلاثة أسهم لقول ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما رواه الجماعة وبه قالت الثلاثة وله قول مجمع بن جارية رضى الله عنه قسمت خيبر الى أن قال انه عليه السلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه أحمد وأبو داود وحديث ابن عمر محمول على التنفيل كما روى أنه عليه السلام أعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه أحمد ومسلم بمعناه (ولو) كان (له) أى للفارس (فرسان) وهو واصل بما قبله أى لا يعطى للفارس الا سهمان ولو كان له فرسان أو أكثر وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لانه عليه السلام أعطى الزبير رضى الله عنه خمسة أسهم ولهما أنه عليه السلام لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد والصحيح من حكاية الزبير أنه أعطاه أربعة أسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه أحمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل كما ذكرنا (والبراذين) وهو جمع برذون وهو فرس العجم (كالعتاق) بكسر العين جمع عتيق وهو الفرس العربى وانما استويا لان ارهاب العدو يضاف الى جنس الخيل وهو شامل للعربى والبرذون والهجين والمقرف والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه من العربى والمقرف بضم الميم وسكون القاف وفتح الراء وفى آخره فاء وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن وهو جمع كودن وهو البرذون يوكف ويشبه به البليد (لا) يسهم لصاحب (الراحلة والبغل) لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما (والعبرة) أى الاعتبار (للفارس والراجل عند المجاوزة) أى مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن أبى حنيفة انه يستحق سهم الفارس وعند الشافعى يعتبر كونه راجلا أو فارسا حال انقضاء الحرب لان سبب الاستحقاق هو القهر والقتال فوجب اعتبار حال القاتل عند ذلك وبه قال مالك وأحمد ولنا أن الوقوف على شهود الوقعة متعسر فأقيم المجاوزة التى

قوله وفتح الراء فى القاموس المقرف كمحسن اه

بما يلحقهم الخوف مقامها (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ) بالمعجمتين وهو النصيب يعطى لهم على حسب ما يراه لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأمّا بسهم فلم يضرب لهنّ وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا أن يحذيا من غنائم القوم رواه أحمد ومسلم والمكاتب كالعبد وانما يرضخ لهؤلاء اذا كانوا يقاتلون والمرأة وان كانت عاجزة من القتال طبعا ولكن مداواتها الجرحى قائم مقام القتال والذمي لا يعطى له النصيب الا بالقتال أو بدلالته على الطريق ولا يبلغ بالرضخ السهم الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كان في دلالته منفعة عظيمة لانّ ما يأخذه أجرة فيعطى بالغا ما بلغ ولا يلزم التساوي أو التمييز فافهم (لا) يعطى لهؤلاء (السهم) لما روينا فان قلت روى الترمذي أنه عليه السلام أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان وروى أحمد وأبو داود وللنساء أيضا قلت كله محمول على الرضخ (والخمس) بعد قسمة أربعة الاخماس يكون (لليتامى والمساكين وابن السبيل) يعطى لكل واحد منهم سهم لقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فانّ لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وعند الشافعي يقسم الخمس أخماسا سهم لذوى القربى وسهم للنبيّ صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة ويستوى فى ذوى القربى فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبنى هاشم وبنى المطلب ولا يكون لغيرهم لانه لم يفرق فى الكتاب ولا فى السنة بين الغنى والفقير ولنا أنّ الخلفاء الراشدين قسموه على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين أن قسمته عليه السلام لم تكن بطريق التحتم (وقدم) ذوو (القربى) أى فقراء ذوى القربى يقدمون على الاصناف الثلاثة أشار اليه بقوله (الفقراء) بالرفع على أنه بدل من قوله ذوو القربى (منهم) أى من ذوى القربى (عليهم) أى على الاصناف الثلاثة وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل فالحاصل انّ يتامى ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وأبناء السبيل يدخلون فى سهم أبناء السبيل ولكن فقراء ذوى القربى يقدمون على الطوائف الثلاثة ترجيحا للقرابة (ولا حق لأغنيائهم) أى أغنياء ذوى القربى لما ذكرنا مع الخلاف فيه (وذكر الله تعالى) فى الخمس بقوله فأنّ لله خمسه (للتبرك) باسمه فى افتتاح الكلام لانّ الكل له وهو غير محتاج الى شئ (وسهم النبيّ صلى الله عليه وسلم سقط بموته) لانه كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده وعند الشافعي يصرف سهمه الى الخليفة وعنه يصرف سهمه الى مصالح الدين وهو قول أحمد وعن الشافعي أنه يردّ الى بقية الاصناف (كالصفيّ) أى كسقوط الصفيّ بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء وهو الذى كان عليه السلام يصطفيه فى الغنيمة من درع أو سيف أو جارية وكانت صفية من الصفيّ رواه أبو داود وهذا مجمع عليه (وان دخل جمع) أى جماعة من المسلمين (ذو منعة) أى قوة وشوكة (دارهم) أى دار أهل الحرب (بلا اذن) الامام (خمس ما أخذوا) منهم لانه مأخوذ من دار الحرب قهرا فكان غنيمة فيخمس وعند الثلاثة لا يخمس الا بالاذن فقط (والا) أى وان لم يكن الجمع صاحب منعة (لا) يخمس ما أخذوا لانه اختلاس وسرقة ولو دخل واحد أو اثنان باذن وأخذ شيأ لا يخمس فى رواية وعلى المشهور

يخمس

يخمس لانه بالاذن التزم نصرهم بالامداد فصار كالمنعة (وللامام أن ينفل) يعنى يعد بزيادة شئ على سهمه (بقوله من قتل قتيلا) سماه قتيلا باعتبار ما يؤل اليه كما فى قوله تعالى انى أرانى أعصر خمرا (فله سلبه) أى سلب القتيل ويجىء عن قريب تفسيره (و) أن ينفل أيضا (بقوله للسرية) وهى أربعمائة رجل (جعلت لكم الربع بعد الخمس) لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه أحمد والبخارى ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس فى رجعته رواه أحمد وأبو داود وكان ينفل عليه السلام فى البداية الربع وفى الرجعة الثلث رواه أحمد والترمذى وابن ماجه وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهر الانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا ألا ترى أنه لو نفل للسرية بالكل جاز فهذا أولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكرهنا كالدراهم والدنانير أو يقول من أخذ شيأ فهوله ويدخل الامام نفسه فيمن قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة بخلاف ما اذا قال من قتلته أنا فلى سلبه حيث لايستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لايدخل لانه ميز نفسه فيهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباح القتل حتى لايستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر فى عسكرهم والذمى الذى نقض العهد وخرج اليهم (وينفل بعد الاحراز) أى بعد احراز الغنيمة (من الخمس فقط) لان حق الغانمين قد تأكد فيه بالاحراز فى الدار ولهذا كان يورث عنه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وعند الشافعى ومالك لا ينفل من الخمس أيضا (والسلب للكل) أى لجميع الجند (ان لم ينفل) الامام به للقاتل وقال الشافعى هو للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لانه أكثر قتالا فيختص به اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره وبه قال أحمد ولنا أنه مأخوذ بقوة جيش الاسلام فكان غنيمة الاسلام فوجب أن يقسم قسمة الغنائم (وهو) أى السلب (مركبه) أى مركب المقتول (وثيابه وسلاحه وما معه) على الدابة من ماله فى حقيبته أو فى وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وكذلك ما كان مع غلامه على دابة اخرى

هذا (باب) فى بيان أحكام (استيلاء الكفار) بعضهم على بعض

(سبى الترك) أى كفارهم وهو جمع تركى (الروم) اى نصارى الروم وهو جمع رومى (وأخذوا أموالهم ملكوها) لان أموالهم مباحة والاستيلاء على المباح سبب الملك (وملكنا نحن) أى المسلمون (ما نجده من ذلك) أى من الذى سباه الترك من الروم أو أخذوه من أموالهم (ان غلبنا عليهم) أى على الترك لانهم لما ملكوهم وأموالهم التحقوا بسائر أموالهم فكما نملك عليهم سائر أموالهم نملك هذا المال (وان غلبوا) أى الكفار والعياذ بالله (على أموالنا وأحرزوها بدارهم) أى بدار أهل الحرب (ملكوها) وقال الشافعى لا يملكونها لان هذه الاشياء محظورة ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك ولنا أن عصمة مال المسلم

لتمكنه من الانتفاع به وبعد الاحراز بدارهم زال تمكنه والاصل فى الاموال الاباحة فيملكونها (وان غلبنا عليهم) أى على الكفار الذين غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم (فمن وجد ملكه قبل القسمة) أى قبل قسمة الامام الغنيمة بين المسلمين (أخذه) أخذا (مجانا) يعنى بغير شئ (و) ان وجده (بعدها) أى بعد القسمة يأخذه (بالقيمة) ان شاء لورود الحديث فى رواية ابن عباس هكذا وقال الشافعى يأخذه مجانا فى الوجهين وعن أحمد لا حق للمالك بعد القسمة (و) يأخذه (بالثمن لو اشتراه) أى الشئ الذى وجده صاحبه بعد القسمة (تاجر) دخل دارهم (منهم) أى من أهل الحرب ان شاء وان شاء تركه لان أخذه منه مجانا يستلزم الضرر فى حق التاجر هذا ان اشتراه بنقد وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة ذلك العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو وقوله (وان فقأ عينه) واصل بما قبله أى وان قلع عين العبد المأسور فى يد التاجر بعد الشراء (وأخذ) التاجر وهو المشترى من العدو (أرشه) أى أرش العبد أى أرش عينه ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى ملك صحيح بعد القبض وعن محمد تسقط حصة الارش من الثمن كما فى الشفيع اذا هدم المشترى البناء أو قطع الشجر (فان تكرر الاسر والشراء) بأن أسر عدو عبد رجل فاشتراه رجل تاجر فأدخله دار الاسلام ثم أسره العدو ثانيا فأدخلوه دارهم فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الاسلام (أخذ) المشترى (الاول من) المشترى (الثانى بثمنه) ثانيا (ثم) اذا أخذه هو يأخذه المالك (القديم بالثمنين) أى الثمن الذى اشتراه به الاول من الحربى والثمن الذى اشتراه به الثانى من الحربى ان شاء لان المشترى الاول قام عليه بالثمنين أحدهما بالشراء الاول والثانى بالتخليص من المشترى الثانى ولو أراد المالك القديم أن يأخذه من المشترى الثانى ليس له ذلك لان الاسر الثانى لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشترى الاول غائبا وهو المأسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشترى الاول من التاجر الثانى ليس للمالك القديم أن يأخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم فى ضمن ملك المشترى ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه (ولا يملكون) أى الكفار بالغلبة (حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) أى لان المحل للملك هو المال وهؤلاء ليسوا بمال وقال مالك وأحمد يملكون مدبرنا ومكاتبنا ويأخذهما السيد بالقيمة وعن مالك يفدى الامام أم الولد والا يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها فى أيديهم (ونملك) نحن أى المسلمين بالغلبة (عليهم) أى على الكفار (جميع ذلك) أى من الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب لهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجنايتهم وجعلهم ارقاء (وان ند) أى هرب (اليهم) أى الى الكفار (جمل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه (وان أبق) أى هرب (اليهم قن) أى رقيق فأخذوه (لا) يملكونه عند أبى حنيفة لانه لما انفصل من دار الاسلام ظهرت يده على نفسه وقالا ملكوه بالاستيلاء كسائر الاموال وبه قال مالك وأحمد واذا لم يثبت الملك فى العبد عند أبى حنيفة يأخذه المولى القديم بغير شئ مغنوما كان أو مشترى أو وجده بعد ما أسلم من فى يده أو بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان فى يده من بيت المال وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعى أنه ملكه سواء كان غازيا أو مشتريا (فلو أبق) العبد (بفرس ومتاع فاشترى رجل كله) أى كل ما ذكرنا

من العبد والفرس والمتاع (منهم) أى من الكفار (أخذ) المالك (العبد) أخذا (مجانا) بغير شئ (و) أخذ (غيره) أى غير العبد وهو الفرس والمتاع (بالثمن) عند أبى حنيفة وقالا يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء بناء على الاصل المذكور (وان ابتاع) أى وان اشترى كافر (مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم) عتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق لان دار الحرب لا ينافى الملك فيبقى فى يده عبدا على ما كان وكان استحقاق الازالة بالبيع وقد انتهى بالدخول الى دار الحرب وله أنه استحق الازالة عن ملك الكافر كى لا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض مادام فى دار الاسلام واذا عاد اليها سقطت عصمته وعجز القاضى عن اخراجه عن ملكه فيعتق (أو امن عبد ثمة) أى فى دار الحرب (فجاءنا) أى العبد يعنى خرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين (أو ظهرنا) أى أو غلبنا (عليهم) أى على أهل الحرب الذى هو عندهم عتق أيضا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد وقوله (عتق) جواب المسئلتين جميعا كما ذكرناه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (المستأمن)

هو فاعل من استأمن اذا طلب الامان (دخل تاجرنا) أى تاجر المسلمين (ثمة) أى دار الحرب (حرم تعرضه لشئ) من الدماء والاموال (منهم) أى من أهل دار الحرب لنهيه عليه السلام عن الغدر الا اذا غدر ملكهم بأخذ الاموال أو الحبس أو غيره فحينئذ له التعرض فيجوز أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم فان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار الا اذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لانهم لا يملكونها بالاستيلاء غير انهم اذا وطؤها يكون شبهة فى حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضى عدتهن بخلاف امته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطاها وان لم يطأها الحربى لانهم ملكوها فصارت من جملة أموالهم (فلو أخرج) التاجر منهم (شيأ) الى دار الاسلام (ملكه) ملكا (محظورا) أى خبيثا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح غير أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيتصدق به) أى بذلك الشئ الذى أخرجه (فان ادانه) أى التاجر (حربى) يعنى باعه شيأ بالدين (أو ادان) التاجر (حربيا) بأن باعه شيأ بالدين (أو غصب أحدهما) أى التاجر أو الحربى (صاحبه) بأن أخذ التاجر من الحربى شيأ بالغصب أو الحربى من التاجر (وخرجا) أى التاجر والحربى (الينا) أى الى دار الاسلام وتحاكما عند الحاكم (لم يقض) الحاكم (بشئ) لاحدهما على الآخر لان القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله والغصب كالادانة ولكن يفتى المسلم برد المغصوب ولا يقضى عليه وقال أبو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب (وكذلك لو كانا) أى لو كان المتحاكمان (حربيين) وقد كانا (فعلا ذلك) أى ما ذكر من الادانة والغصب بأن ادان أحدهما الآخر أو غصب (ثم استأمنا) أى خرجا الى دار الاسلام مستأمنين لما ذكرنا (وان خرجا) أى الاثنان

المذكوران حال كونهما (مسلمين) وتحاكما عند حاكم (قضى بالدين بينهما) لوقوعه صحيحا بتراضيهما ولثبوت الولاية حال القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام (لا) يقضى (بالغصب) لان الغاصب ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربى بالغصب صحيح لا خبث فيه بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث فى ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا (مسلمان مستأمنان) من الكفار فى دار الحرب بعد دخولهما (قتل أحدهما صاحبه) عمدا أو خطأ (تجب الدية فى ماله والكفارة فى الخطا) دون العمد وعند الثلاثة تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد وعن أبى يوسف يجب القصاص عليه لان بدخول دار الحرب لا تبطل العصمة وانما أن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة ووجوب الكفارة والدية فى الخطا بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وانما تجب الدية فى ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين وانما تجب الدية فى العمد فى ماله لان العاقلة لا تعقل العمد لما عرف فى موضعه (ولا شئ) من الدية والقصاص (فى الاسيرين) اذا قتل أحدهما الآخر (سوى الكفارة فى) القتل (الخطا) عند أبى حنيفة لان الاسير مقهور فى أيديهم ودار الحرب ليس بدار استيفاء أحكام الاسلام وعندهما عليه الدية فى ماله فى العمد والخطا لانهما من أهل دارنا حقيقة فكانا كالمستأمنين المسلمين الا أنه لا يجب القصاص لانه ليس موضع استيفاء العقوبات والدية فى ماله لعدم العاقلة وبه قالت الثلاثة ثم شبه هذه المسئلة الخلافية بين أصحابنا بالمسئلة الاتفاقية بينهم الخلافية بينهم وبين غيرهم بقوله (كقتل مسلم) أى كما لا شئ غير الكفارة فى الخطا فى قتل مسلم (مسلما) قد كان (أسلم ثمة) أى فى دار الحرب لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار وعند الشافعى يجب القصاص بقتله عمدا والدية بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة وبه قال مالك وأحمد

* هذا (فصل) فى بيان ما بقى من أحكام المستأمن (لا يمكن المستأمن) أى الذى يدخل من أهل الحرب بأمان (فينا) أى فى دار الاسلام من الاقامة (سنة وقيل له) أى للمستأمن (ان أقمت سنة) فأنت ذمى (توضع عليك الجزية) والاصل فيه أن الكافر لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات ففصل بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية (فان مكث بعده) أى بعد أن قيل له ان أقمت سنة توضع عليك الجزية (سنة فهو ذمى) لالتزامه الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام أن يقدر له أقل من ذلك اذا رأى كالشهر والشهرين فاذا أقامها بعد ذلك صار ذميا وفى المبسوط يصير ذميا عند اقامته فى دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام (فلم يترك) أى الحربى المذكور بعد ذلك (أن يرجع اليهم) أى الى أهل دار الحرب لان فى رجوعه اليهم ضررا بالمسلمين لعوده حربا عليهم (كما) لا يترك أن يرجع اليهم (لو وضع عليه الخراج) بشراء الارض الخراجية والتزامه بمباشرة الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة وفيه اشارة الى أنه لا يصير ذميا بمجرد وضع الخراج عليه وقيل يصير ذميا بنفس الشراء

لانه حينئذ صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام (أو نكحت) أى تزوجت الحربية المستأمنة (ذميا) فى دارنا تصير ذمية فلا تترك أن ترجع اليهم لانها التزمت المقام معه وههنا بمجرد التزوج تصير ذمية لانها تابعة للرجل فى السكنى (لا عكسه) أى ليس عكس حكم الحربية اذا تزوجت ذميا مثل حكم الحربى والعكس أن يتزوج حربى ذمية لا يصير ذميا لعدم التزامه المقام فى دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب (فان رجع) الحربى المستأمن (اليهم) أى الى أهل دار الحرب (و) الحال ان (له وديعة عند مسلم أو ذمى أو) له (دين عليهما) أى على المسلم والذمى (حل دمه) بالعود الى دار الحرب وما كان فى أيدى المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم أمانه فى حق ماله لا يبطل (فان أسر) الحربى المذكور (أو ظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب التى هو فيهم (فقتل) الحربى المذكور (سقط دينه) لان اليد عليه لا تكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت فيصير ملكا لمن عليه لسبق يده ولا يصير فيأ لانه يملك قهرا فلا يتصور فى الدين (وصارت وديعته فيأ) أى غنيمة للمسلمين لانها فى يده حكما فيصير فيأ تبعا لنفسه كما اذا كانت فى يده حقيقة وعند أبى يوسف أنها تصير ملكا للمودع لان يده فيها أسبق فكان بها أحق ولو كان له رهن فعند أبى يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت المال (وان قتل) الحربى المذكور (و) الحال أنه (لم يظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب الذى هو فيهم (أو مات) حتف أنفه (فقرضه ووديعته لورثته) لان حكم الامان باق لعدم بطلانه فترد على ورثته لانهم قائمون مقامه بخلاف المسئلة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لان ما فى يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكأنه مات والمال فى يده (فان جاءنا حربى) حال كونه (بأمان و) الحال أن (له زوجة ثمة) أى فى دار الحرب (وولد) صغار أو كبار (ومال عند مسلم وذمى وحربى فأسلم هنا) أى فى دار الاسلام (ثم ظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب التى هو منهم (فالكل) اى زوجته وولده وماله الذى عند مسلم وذمى وحربى (فىء) أى غنيمة لعدم يده على هذه الاشياء (وان أسلم) الحربى المذكور (ثمة) أى فى دار الحرب (فجاءنا) أى خرج الى دار الاسلام (فظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب الذى هو منهم (فولده الصغير حر مسلم) تبعا له (وما) أى الذى (أودعه عند مسلم أو ذمى فهو له) لان يدهما كيده بخلاف ما اذا كان عند حربى لان يده غير صحيحة ولا محترمة على ما مر (وغيره) أى غير ما ذكر من ولده الصغير ووديعته التى عند مسلم أو ذمى وهو زوجته وأولاده الكبار وعقاره ووديعته التى عند الحربى (فىء) لعدم العصمة وعدم التبعية (ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له) أى للمقتول (أو قتل حربيا جاءنا) أى خرج الى دار الاسلام (بأمان فأسلم فديته) أى فدية المقتول فى الوجهين (على عاقلته) أى عاقلة القاتل وأخذ ذلك (للامام) ليضعه فى بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر (وفى) القتل (العمد) فى المسئلة المذكورة الواجب هو (القتل) قصاصا (أو الدية) صلحا ينظر فيه الامام فأيهما رأى أصلح فعل (لا) يجوز (العفو) مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا للامام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لابى يوسف

* هذا (باب) فى بيان أحكام (العشر والخراج والجزية) وبيان مصارفها *

(أرض العرب) وهى ماوراء ريف العراق الى أقصى حجر باليمن طولا ومن جدة وماوالاها من الساحل الى حد الشأم عرضا (وما) أى الارض التى (أسلم أهله) عليه والتذكير باعتبار لفظة ما (أو فتح عنوة) أى قهرا وغلبة (وقسم بين الغانمين عشرية) اما أرض العرب فلانه عليه السلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب وأمّا ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة فلانّ الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لانّ فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الزكاة ويشترط فيه النية (والسواد) وهى أرض العراق سميت به لخضرة أشجارها وزروعها (وما) أى الارض التى (فتح عنوة) والتذكير باعتبار ما كما ذكرنا (وأقرّ أهلها عليه أو صالحهم) الامام (خراجية) لان عمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بحضر من الصحابة رضى الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص رضى الله عنه واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشأم واستثنى مكة شرّفها الله تعالى من هذا فان النبىّ صلى الله عليه وسلم افتتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف عليها الخراج ثم أرض السواد مملوكة لاهلها عندنا وقال الشافعى ليست بمملوكة لهم وانما هو وقف على المسلمين وأهلها مستأجرون وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقد ردّ هذا أبو بكر الرازى فى كتابه الاحكام من عشرة وجوه (ولو أحيى) أرض (موات) وهى أرض تعذر زرعها لانقطاع ماء أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر وعند محمد والثلاثة يعتبر عدم الارتفاق لا البعد (يعتبر قربه) أى قرب ما أحياه فان كانت الى الخراج أقرب فهى خراجية وان كانت الى العشر أقرب فهى عشرية وهذا عند أبى يوسف لانّ حيز الشئ يعطى له حكمه واعتبره محمد بمائه فان كان أحياه ببئر أو عين مستخرجة أو بالانهار العظام التى لا يملكها أحد كان عشريا وكذا اذا أحياها بماء السماء وان كان بنهر محتفر كنهر الملك ونهر يزدجر كان خراجيا لانّ سبب النماء والحياة هو الماء فكان اعتباره أولى وهذا التفصيل فى حق المسلم وأمّا الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا (والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لانها افتتحت عنوة وأقرّ أهلها عليها من جملة أراضى العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم (وخراج جريب) وهو ستون ذراعا فى ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامّة بقبضة قيل هذا جريب سواد العراق وفى غيرها يعتبر على ما هو المتعارف عندهم وقيد الجريب بقوله (يصلح للزرع) لانه اذا لم يصلح للزرع لا يجب شئ وقوله (صاع) خبر لقوله وخراج جريب وهو أربعة أمناء والمنّ مائتان وستون درهما وقوله (ودرهم) عطف عليه ويعطى الدرهم من أجود النقود (و) الخراج (فى جريب الرطبة) وهى البرسيم والقرطم فى لغة أهل مصر وفى الغاية الرطبة اسم للقضيب ما دام رطبا (خمسة دراهم و) الخراج (فى جريب الكرم) المتصل (والنخل المتصل) وهو الذى اتصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الارض مشغولة به (عشرة دراهم) لانه المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان رضى الله عنهما فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعا على نحو ما ذكر بحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان

اجماعا

اجماعا وعند الشافعي في جريب برّ أربعة دراهم وشعير درهمان وعند أحمد فيهما صاع ودرهم وعنده وعند الشافعي في جريب رطبة ستة دراهم وفي جريب نخل وكرم وزيتون ثمانية دراهم وعند مالك لا تقدير في الكل بل بحسب الطاقة وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر رضي الله عنه ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف (وان لم تطق) الارض (ما وظف) مما ذكرنا على كل جريب من الاصناف المذكورة (نقص) أي الذي وظف عليها ألا ترى الى قول عمر رضي الله تعالى عنه لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وانه دليل جواز النقصان وبه قال مالك وأحمد خلافا للشافعي (بخلاف الزيادة) يعني لا تجوز الزيادة على ما وظف وان أطاقت وهو قول أبي يوسف وهو رواية عن أحمد لان عمر رضي الله عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة وقال محمد يجوز اعتبارا للزيادة بالنقصان وبه قالت الثلاثة (ولا خراج) بواجب (ان غلب على أرضه) أي على أرض الخراج (الماء أو انقطع) الماء عنها لعدم التمكن من الزراعة كالارض السبخة التي لا تنبت شيا (أو أصاب الزرع آفة) لهلاك الخارج قيل هذا اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا وأمّا اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام أيضا أن يذهب كل الخارج أمّا اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف (وان عطل صاحبها) أي صاحب الارض بأن لم يزرعها قصدا يجب الخراج لان التقصير من جهته وأمّا اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وعن أبي يوسف أنه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا تتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (أو أسلم) صاحب الارض الخراجية يجب الخراج أيضا لان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به (أو اشترى مسلم أرض خراج) يجب الخراج أيضا لما ذكرنا ثم ان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع وقوله (يجب) الخراج جواب المسائل الثلاث (ولا عشر في خارج أرض الخراج) يعني لا يجتمع بينهما عندنا وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع الخراج أو العشر حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعندهم تجب الزكاة مع أحدهما

*هذا (فصل) في بيان أحكام الجزية وهي اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بذلك لانها تجزى عن الذمي أي تقضي وتكف عن القتل لانه اذا قبلها سقط عنه القتل (الجزية لو وضعت بتراض وصلح) بأن صالحهم الامام على مبلغ معين من الدراهم والدنانير وغيرهما (لا يعدل عنها) أي عن الجزية الموضوعة بالتراضي والصلح لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق (والا) أي وان لم توضع بالتراضي والصلح بل وضعت بالقهر بأن غلب الامام عليهم وأقرهم على أملاكهم فحينئذ (توضع على الفقير المعتمل) وهو الذي يكتسب أكثر من حاجته وقيل الذي يملك ما دون المائتين (في كل سنة اثني عشر درهما) يؤخذ منه في كل شهر درهم (و) توضع (على وسط الحال) وهو الذي له مال ولكنه لا يستغني بماله عن الكسب (ضعفه) أي ضعف اثني عشر وهو أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان (و) يوضع (على المكثر) وهو الغني الظاهر الغنى (ضعفه) أي ضعف الضعف وهو ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة رضي الله عنهم متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار اجماعا وقال الشافعي يضع الامام على كل حالم وحالمة دينارا والفقير والغني في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر وعند مالك على كل محتلم أربعة دنانير أو أربعون درهما وعن أحمد يفوض الى رأي الامام وحديث معاذ في مال وقع عليه الصلح بدليل وجوبه على الحالمة ولا جزية عليهن وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه وقوله معافر أي خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار لها اسما بغير نسبة (وتوضع) الجزية (على كتابي) وهو نسبة الى كتاب منزل من السماء والمعنى على الذي يعتقد كتابا من الكتب المنزلة كاليهودي فانه يعتقد التوراة والسامري فانه يعتقد الزبور والنصراني فانه يعتقد الانجيل (و) على (مجوسي) وهو واحد المجوس وهم قوم يعظمون النار ويعبدونها وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر رواه البخاري وآخرون وقال الشارح وفيه خلاف الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا قلت خلاف الشافعي ليس في عدم الجزية على المجوس وانما خلافه أن الجزية عنده مخصوصة بأهل الكتاب والمجوس عنده من أهل الكتاب فيكون داخلا فيها والخلاف بيننا وبينه في عبدة الاوثان فعنده لا جزية عليهم لانهم ليسوا بأهل كتاب وعندنا عليهم الجزية لانها غير مختصة بأهل الكتاب وبه قال مالك وأحمد في رواية وعنه في أخرى توضع على كل كتابي فقط وعن مالك توضع على كل كافر الا مشركي قريش (و) توضع أيضا على (وثني عجمي) لما قلنا مع الخلاف فيه (لا) توضع على وثني (عربي و) لا على (مرتد) لتغليظ كفرهما ولا يقبل منهما الا السيف أو الاسلام (و) لا توضع أيضا على (صبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل) أي غير مكتسب (وراهب لا يخالط) الناس لانها خلف عن النصرة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال وكذا لا تجب على شيخ كبير وعن أبي يوسف تجب اذا كان له مال وبه قال الشافعي في قول وعن أبي حنيفة ان الراهب اذا كان قادرا على العمل توضع عليه وهي رواية عن أبي يوسف

ولو آدرك

ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون او عتق العبد او برأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضعها لا يوضع لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع بخلاف الفقير اذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه للعجز وقد زال (وتسقط) الجزية (بالاسلام والموت) وقال الشافعي لا تسقط بهما لانها دين وبه قال مالك في الموت ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر أو بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا بعد الموت (و) تسقط أيضا بوجود (التكرار) بأن لم يؤخذ منه حتى حال عليه حولان أو أكثر عند أبي حنيفة لانها عقوبة فاذا اجتمعت تداخلت كالحدود وقالا يطالب بها لانها واجبة في الذمة فلا تسقط بالتأخير كالزكاة في حق المسلم وبه قالت الثلاثة وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا (ولا تحدث بيعة) بكسر الباء وهي متعبد اليهود (وكنيسة) وهي متعبد النصارى وكذا لا يحدث بيت النار والصومعة وهي بيت التخلي لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة معناه لا تحدث في دار الاسلام كنيسة لم تكن (في دارنا) أي في دار الاسلام (ويعاد المنهدم) من الكنائس والبيع القديمة لانه جرى التوارث هكذا لعدم بقاء الابنية دائما ولا يمكنون من نقلها الى موضع آخر وعند أحمد لا يعاد المنهدم أيضا وقيل هذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنزير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا يقام فيها الجمع والحدود وان كان فيها عدد كثير وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه شعائرهم والمروي عن أبي حنيفة كان في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركين مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال في مرضه الذي مات فيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه البخاري ومسلم (ويميز الذمي عنا) أي عن المسلمين (في الزي) أي في الزينة وحسن الملابس (والمركب والسرج) لانهم من أهل الاهانة والمسلمون من أهل الاعزاز والكرامة فوجب التمييز اظهارا للتفاوت بينهما ثم بين الشيخ ذلك بالفاء التفسيرية بقوله (فلا يركب) الذمي (خيلا) لانه ليس من أهل الجهاد سواء كان بسرج أو اكاف في الاصح وقيل في الضرورة يركب باكاف (ولا يعمل بالسلاح) لما ذكرنا (ويظهر الكستيج) وهو الخيط الغليظ الذي يشدون به أوساطهم كذا فسره الكرخي وعن أبي يوسف الكستيج الخيط الغليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقال فخر الاسلام في تفسيره الكستيجات هي أعلام الكفر وهي فارسية معربة وحقيقته العجز والذل بلغة العجم (ويركب سرجا كالاكف) وهو جمع اكاف وهو البرذعة وقد ذكرنا انه لا يركب بسرج الا عند الضرورة فيكون كالاكاف وقال الكرخي في مختصره تفسيره هي أن يكون على قربوس السرج مثل الرمانة وكذا لا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وكذا يؤمر بتمييز نسائهم عن نسائنا في الطرق والحمامات وذلك بالعلامات كالجلاجل ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة (ولا ينتقض عهده) أي عهد الذمي أي عقده للجزية (بالاباء) أي بالامتناع (عن) اداء (الجزية) لان الغاية التي ينتهي

بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وفى رواية مذكورة فى واقعات حسام ان أهل الذمة اذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ويقاتلون وهو قول الثلاثة أيضا (والزنا) أى ولا بالزنا (بمسلمة) وعند أحمد وابن قاسم المالكي ينتقض به (وقتل) أى ولا ينتقض أيضا بقتل (مسلم) خلافا للثلاثة (وسب) أى ولا ينتقض أيضا بسب (النبى صلى الله عليه وسلم) لان يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال أصحابه نقتله قال لا رواه البخارى وأحمد وقال الشافعى ينتقض به لانه ينقض الايمان فالامان أولى وبه قال مالك وأحمد رحمهم الله تعالى واختيارى هذا الان المسلم اذا سب النبى صلى الله عليه وسلم يكفر حتى لو حكم به الحاكم يقتل به فكيف لو صدر هذا من مجرم عدو الدين (بل) ينتقض عهده عندنا (باللحاق) أى بدار الحرب (او بالغلبة على موضع للحراب) لانهم صاروا بذلك حربا علينا (وصاروا) بالتحاقهم بدار الحرب او بالغلبة على موضع للحراب (كالمرتدين) فى حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين الدارين غير انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام والمال الذى لحق به دار الحرب يكون فيأ وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد وقال مالك اذا ظفر بهم الامام يقتلهم ويسبيهم وعند الشافعى وأحمد يخير بين الاسترقاق والقتل (ويؤخذ من تغلبى) بكسر اللام وهو نسبة الى بنى تغلب وهم قوم من نصارى العرب سكنوا بقرب الروم (وتغلبية) اذا كانا (بالغين ضعف زكاتنا) وهو نصف العشر لان الزكاة ربع العشر وضعف الربع نصف لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير وعند زفر والشافعى ومالك لا يؤخذ من نسائهم وعند أحمد يؤخذ منها ومن غير مكلف منهم أيضا (ومولاه) أى مولى التغلبى (كمولى القرشى) فى حق عدم التبعية للمولى فانهما لا يتبعان مولاهما فى الجزية والخراج حتى يوضعان عليهما وان كان التغلبى والقرشى لا يوضعان عليهما وقال زفر يضاعف على مولى التغلبى لانه ملحق بمولاه لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم ولنا انه لو ألحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف أخف لانه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف وورود الحديث على خلاف القياس فى حرمة الصدقة فلا يلحق به ما ليس بمعناه والله أعلم (والجزية والخراج ومال التغلبى وهدية اهل الحرب وما) أى الذى (اخذنا منهم) أى من أهل دار الحرب (بلا قتال) بأن أخذ بصلح (يصرف فى مصالحنا) أى مصالح المسلمين (كسد الثغور) وهو جمع ثغر وهو موضع المخافة من العدو (وبناء القناطر) وهو جمع قنطرة وهى ما يبنى على الماء للعبور (والجسور) جمع جسر وهو أعم من القنطرة لانه قد يكون بالخشب وقد يكون بالتراب والقنطرة لا تكون الا بالحجر (وكفاية القضاة) وهو جمع قاض (والعمال) بضم العين جمع عامل وهو الذى يعمل للمسلمين مثل الساعى الذى يجمع الزكاة والعشور ويدخل فيه كل من يعمل فى مصالح المسلمين كالكتاب عند القضاة وشهود القيامة والرقباء على السواحل (و) كفاية (العلماء) والمفتين والمقاتلة (و) كفاية (ذراريهم) قيل أى ذرارى المقاتلة لان نفقتهم واجبة عليهم فلو لم يعطوا بقدر كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلم يتفرغوا للقتال قلت الظاهر ان الضمير يرجع الى الكل لان التعليل فى المقاتلة موجود فى الكل وهذا لا يخفى وانما كان هؤلاء مصارف للاموال المذكورة لانها

مأخوذة

مأخوذة بقوة المسلمين فتصرف الى مصالحهم وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فتصرف لهم ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين واعلم ان الذى يجيء الى بيت المال أربعة أنواع الاول ماذكرنا بمصارفه والثانى الزكاة والعشر ومصرفهما ماذكر فى كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ماذكره الله تعالى فى قوله فان لله خمسه وقد ذكر فى كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التى لا وارث لها والديات التى لا ولى لها ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منها نفقاتهم وأدويتهم ويكفن منها موتاهم ويعقل منها جناياتهم وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض فان لم يكن فى بعضها شيء فله أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى أهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء يرده فى المستقرض منه الا أن يكون المصروف من الصدقات او خمس الغنيمة على اهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيأ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره اذا صرفه الى مستحقه ويجب على الامام أن يتقى الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر فى شيء من ذلك كان الله عليه حسيبا (ومن مات) من هؤلاء المذكورين (فى نصف السنة حرم عن العطاء) وهو اسم لما يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة فى ذمة الزوج وقيد بقوله فى نصف السنة لانه اذا مات فى آخر السنة يستحب صرفه الى قريبه ولو عجل لواحد منهم كفاية سنة ثم عزل أو مات قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقى من السنة وقيل على قياس قول محمد فى نفقة الزوج يرجع وعندهما لا يرجع والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (المرتدين)

(يعرض الاسلام على المرتد) عن الاسلام وهو مستحب على ما روى عن عمر رضى الله عنه وليس بواجب لان الدعوة قد بلغته غير انه يحتمل انه اعتراه شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود الى الاسلام وقال الشافعى فى قول ومالك وأحمد هو واجب (وتكشف شبهته) أى شبهة المرتد (ويحبس ثلاثة ايام) ان استمهل لان الثلاثة مدة ضربت لازالة الاعذار كما فى شرط الخيار وقيل يستحب الامهال مطلقا يعنى استمهل أولا للتأمل وكشف الشبهة وقال الشافعى الامهال واجب لا يحل للامام أن يقتله قبل ان يمضى عليه ثلاثة ايام ولنا اطلاق النصوص بقتل الكفار ولا فرق فيه بين الحر والعبد فان ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا دائما وعن ابى يوسف اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين (فان اسلم) فبها ونعمت (والا) أى وان لم يسلم فى ثلاثة أيام (قتل) لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه رواه البخارى وأحمد (واسلامه) أى واسلام المرتد (أن يتبرأ عن الاديان) كلها (سوى) دين (الاسلام او) يتبرأ (عما انتقل اليه) لحصول المقصود والاول هو الاولى لان المرتد لا دين له (وكره قتله) أى قتل المرتد (قبله) أى قبل عرض الاسلام عليه قال صاحب الهداية معنى الكراهية هنا ترك المستحب (ولم يضمن قاتله) قبل العرض لانه مباح الدم (ولا تقتل المرتدة) لان المبيح للقتل كفر المحارب وقال الشافعى تقتل لعموم

النص وبه قال مالك وأحمد (بل تحبس) دائما (حتى تسلم) أى الى أن تسلم وتضرب فى كل ثلاثة أيام مبالغة فى الحمل على الاسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شئ للشبهة والامة يجبرها مولاها (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا) أى مراعى عند أبى حنيفة ثم فسر الموقوف بقوله (فان أسلم) المرتد (عاد ملكه) اليه (وان مات) وهو مرتد (او قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم) وذلك (بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته) أى الذى اكتسبه فى حال الردة (فئ) أى غنيمة وذلك (بعد قضاء دين ردته) أى بعد قضاء الدين الذى ركبه فى حال ردته وعندهما لا يزول ملكه الا ان أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص ومحمدا جعله بمنزلة المريض وما اكتسبه موروث فى الحالين وعند الشافعى فئ فى الحالين وبه قال مالك وأحمد لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر وهو مال حربى لا أمان له فكان فيأ ولهما ان الارث فيه يستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وله ان ذلك يمكن فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة لا فى كسب الردة لعدمه قبلها ثم اختلفت الروايات عن أبى حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه انه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقى كذلك الى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو اسلام أو علوق حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا فى حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه أوان الاستحقاق به وروى أبو يوسف انه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل بموته أو بشئ آخر قبل موت المرتد وروى محمد انه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الاصح وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق وهى فى العدة لانه صار فارا بالردة لانها بمنزلة المرض وينبغى أن ترث على رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها أو ارتد قبل الدخول بها الا انه لا يشترط أن يكون وارثا الا عند الردة فى تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لا يرثها زوجها الا انها الا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد الا أن تكون مريضة فيرثها الا ان حقه تعلق بمالها فى مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن زوجها أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوها ويرثها أقاربها جميع مالها حتى المكسوب فى ردتها (وان حكم بلحاقه) أى بلحاق المرتد بأهل دار الحرب (عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) أى الدين المؤجل الذى عليه لان اللحاق كالموت وعند الشافعى ليس كالموت فلا يعتق مدبره ولا أم ولده ولا يحل دينه الذى عليه لانه حى حقيقة وبه قال مالك وأحمد ثم دينه الذى لزمه فى حال الاسلام يقضى من كسب الاسلام عند أبى حنيفة ودينها اللازم فى الردة يقضى من كسب الردة وعنه انه يبدأ أولا بكسب الاسلام وعنه انه يبدأ بالقضاء من كسب الردة فان لم يف قضى من كسب الاسلام وقالا يقضى منهما جميعا لانهما ملكه فتقضى ديونه منهما والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على ما ذكرنا وبطلت عليها العدة ولزوجها ان يتزوج أختها وأربعا سواها من ساعته لعدم العدة عليها ولو ولدت فى دار الحرب لاقل من ستة اشهر من وقت الردة يثبت نسبه من الزوج وان كان أكثر لا يثبت نسبه ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام (وتوقف مبايعته) أى مبايعة المرتد (وعتقه وهبته) ورهنه وتصرفه فى ماله ثم فسر الموقوف بقوله (فان امن نفذ) ما كان

موقوفا

موقوفا (وان هلك) بأن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب (بطل) هذا عند أبي حنيفة وقالا يجوز هذه التصرفات عاد الى الاسلام أو لم يعد وهذا على الاصل المذكور وهو ان الردة تزيل الملك زوال الامر اعى عنده خلافا لهما واعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أنواع الاول نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها لا تستدعى الولاية الثانى باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له والثالث موقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم والرابع مختلف فيه وهو ما بيناه (وان عاد) أى المرتد الى دار الاسلام حال كونه (مسلما بعد الحكم بلحاقه فما) أى كل شئ (وجده فى يد وارثه اخذه) لانه أخذه بطريق الخلفية فبعوده مسلما بطلت ثم انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا من الوارث لانه دخل فى ملكه بحكم شرعى فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه (والا) أى وان لم يجد شيأ فى يد وارثه بأن أخرجه عن ملكه أو أتلفه (لا) يضمنه لما ذكرنا ولا سبيل له على أمهات أولاده ولا مدبريه لان القاضى قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل أن يقضى القاضى بذلك لم يخرج عن ملكه (ولو ولدت أمة له) أى للمرتد (نصرانية لستة اشهر مذ) أى من حين (ارتد فادعاه) أى ادعى المرتد الولد (فهى) أى الامة (أم ولده) لصحة استيلاده (وهو) أى الولد (ابنه) لصحة الاستيلاد وهو (حر) لان المرتد لا يسترق (ولا يرثه) اى الولد لا يرث المرتد مع ثبوت نسبه منه لان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه أقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر عليه دونها والمرتد لا يرث أحدا ولا يمكن أن يجعل مسلما حتى يرثه لانه جاءت به لستة أشهر فلم يتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له حتى لو ولدته لاقل من ستة أشهر يرثه للتيقن بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب ولا يمكن أن يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد أبواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام (ولو) كانت الامة (مسلمة) فى المسئلة المذكورة (ورثه الابن ان مات) المرتد (على الردة او لحق بدار الحرب) لان الابن مسلم والمسلم يرث المرتد وانما كان مسلما تبعا لها اذهى خيرهما دينا ولكن لا يتصور هذا على قول أبى حنيفة الا فى الرواية التى رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا فيها وقت الموت أو القتل أو القضاء باللحاق واما على الروايتين الاخيرتين فلا يتصور أن يرث لعدم كونه وارثا عند الردة (وان لحق المرتد) دار الحرب (بماله فظهر) أى غلب (عليه) أى على المرتد (فهو) أى ماله (فئ) أى غنيمة يعنى ليس لورثته سبيل عليه لان ملكهم غير ثابت فيه حيث الحقه به ابتداء وكذا ان أخرجه تاجر بخلاف نفسه حيث لا يكون فيأ لان المرتد لا يسترق (فان رجع) المرتد بعد لحاقه بدار الحرب بغير مال الى دار الاسلام (وذهب بماله) الى دار الحرب (وظهر عليه) أى على المرتد (فلوارثه) أى فماله لوارثه لانه لما لحق أولا بدار الحرب ملكته الورثة فلهم ان يأخذوه قبل القسمة بغير شئ وبعدها بالعوض وكذا لو اشتراه التاجر يأخذونه بالعوض على ما مر ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه اما اذا رجع قبل الحكم به ولحق به ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك

المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما مرّ غير مرّة (فان لحق) المرتد بدار الحرب وترك عبدا فى دار الاسلام (وقضى بعبده) أى الذى تركه (لابنه فكاتبه) أى فكاتب الابن العبد (فجاء) المرتد الى دار الاسلام حال كونه (مسلما فالمكاتبة) أى فعقد المكاتبة (والولاء لمورثه) أى لمورث الابن وهو المرتد الذى جاء مسلما وذلك لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد اداء الكتابة لان الملك الذى كان له غير قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) بدار الحرب (اوقتل) على الردّة (فالدية فى كسب الاسلام) خاصة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردّة جميعا وقد مرّ الاصل فيه واذا أسلم ثم مات أولم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجرى فيه الارث بالاتفاق (ولو ارتد) مسلم والعياذ بالله تعالى (بعد القطع) أى بعد ان قطع يده حال كون القاطع (عمدا) أى عامدا (ومات) على ردّته (منه) أى من القطع (ضمن القاطع نصف الدية فى ماله) خاصة لانّ العاقلة لا تعقل العمد ويكون ذلك (لورثته) أى لورثة المقطوع ولا يجب على القاطع شئ غير ذلك لان السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيأ لان دمه هدر فلا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذلك بالردّة فيجب عليه ضمان ما أتلفه وهو معصوم وهو اليد دون النفس (فان لم يلحق) بدار الحرب بعد القطع (وأسلم ومات ضمن) القاطع (الدية) كاملة عندهما وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لانّ اعتراض الردّة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا ولهما انّ الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردّة بينهما (ولو ارتد مكاتب ولحق) بدار الحرب (فأخذ) المكاتب (بماله وقتل) على الردّة (فكتابته لمولاه) لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردّة غير انه صار دمه مباحا واباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردّة والالتحاق بدار الحرب (ومابقى) من ماله (لورثته) أى لورثة المكاتب كما فى الموت الحقيقى (ولو ارتد الزوجان ولحقا) بدار الحرب (فولدت) ولدا هنالك (وولد له) أى الولد (ولد فظهر) أى غلب (عليهم) أى على الزوجين والولد وولد الولد جميعا (فالولدان) أى فالولد وولد الولد (فئ) أى غنيمة (ويجبر الولد على الاسلام لا) يجبر (ولد الولد) لانّ الولد يتبع الام فى الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد على الاسلام تبعا لابويه لانّ الاولاد يتبعون الآباء فى الدين فاذا تبعهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر أصلى وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه فى القتل حكم الكافر الاصلى وولد الولد يسترق ولا يقتل وهل يجبر على الاسلام فيه روايتان فى رواية يجبر رواها الحسن عن أبى حنيفة تبعا لجده وفى رواية لا يجبر لانه لو أجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لانّ تبعية الآباء فى الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو

أالحق

الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد (وارتداد الصبي العاقل صحيح) خلافا للشافعي وزفر لانه يلزمه احكام يشوب بها ضرر كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه وبه قال أبو يوسف وأحمد وبعض المالكية ولهما ما روى عن جابر رضي الله عنه انه عليه السلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا أعرب عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه أحمد وصحح عليه السلام ايمان علي رضي الله عنه وعن عروة انه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري فاذا صح اسلامه صحت ردته وانما قيد بقوله العاقل لان غير العاقل لا يعتبر منه الاسلام ولا الكفر (كاسلامه) أي كصحة اسلامه لما قلنا خلافا للشافعي وزفر أيضا (و) اذا صحت ردته (يجبر عليه) أي على الاسلام (ولا يقتل) لان القتل عقوبة ولا عقوبة على الصبي رحمة في حقه ويلحق الساحر بالمرتد وفي الفتاوى الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرأ عما اعتقده تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر أسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وفي المجرد قال أبو حنيفة يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني أترك السحر وأتوب منه اذا شهد الشهود انه الآن ساحر أو أقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان عمر رضي الله عنه كتب الى نوابه أن اقتلوا الساحر والساحرة رواه البخاري وأحمد وأبو داود وفي المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبة وفي العيون تقبل توبته بالاجماع الا عند الشافعي ورواية عنا

هذا (باب) في بيان أحكام الخارجين (البغاة)

وهو جمع باغ كالقضاة جمع قاض من بغى اذا تعدى وظلم (خرج قوم) مسلمون (عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم) الامام (اليه) أي الى نفسه أي الى طاعته وقال الشارح أي الى العود الى الجماعة وما قلنا أحسن وأصوب (وكشف شبهتهم) التي استندوا اليها في خروجهم عن الطاعة لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قرية من قرى الكوفة وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا الماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم (وبدأ) الامام (بقتالهم) يعني اذا تحيزوا وتهيؤا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر في الهداية وقال القدوري ولا يبدأ بقتالهم حتى يبدؤا به فان بدؤا به قاتلهم حتى فرق جمعهم وعند الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانهم مسلمون فلا يجوز قتل المسلم الا دفعا بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح ولنا اطلاق قوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام فهي من الواجبات (ولو) كانت (لهم) أي للبغاة (فئة) أي جماعة (أجهز على جريحهم) يعني يتم جرحهم وهو كناية عن اتمام القتل (واتبع موليهم) دفعا لشرهم لئلا يلحق المولي والجريح بالفئة وعند الثلاثة لا يجهز ولا يتبع (والا) أي وان لم يكن لهم فئة (لا) يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روى عن مروان بن الحكم انه قال صرخ صارخ

لعلى رضى الله عنه يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف جريح ومن أغلق بابه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن رواه سعيد بن منصور ويوم الجمل لم يكن لهم فئة (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لانهم مسلمون فيكونون معصومين فى الدماء والاموال ولكن يحبس حتى يتوبوا فيرد عليهم بالاجماع (وان احتاج) لامام الى السلاح والخيل (قاتل بسلاحهم وخيلهم) لان عليا رضى الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين أصحابه وكانت قسمة الحاجة لا التمليك وقال الشافعى لا يجوز لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه وبه قال مالك وأحمد وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر أموالهم والكراع يباع ويحبس ثمنه لانه أيسر ولو كان معهم أهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم حكم أهل البغى حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لا ينتقض به (وان قتل باغ مثله) الباغى فى عسكرهم عمدا (فظهر عليهم) أى على البغاة (لم يجب شئ) يعنى لا قصاص ولا دية أما القصاص فلانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل وأما الدية فلان القصاص لما لم يجب لم ينقلب موجبا بعده مالا كالقتل فى دار الحرب (وان غلبوا) يعنى البغاة (على مصر فقتل مصرى) أى رجل من أهل المصر (مثله) اى رجلا مثله من أهل المصر عمدا (فظهر على المصر قتل) المصرى القاتل (به) أى بالمقتول المصرى مثله لانه قتل عمد فيجرى فيه القصاص هذا اذا لم يجر على أهل المصر احكام أهل البغى بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام أهل العدل لم تنقطع قبل أن تجرى احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء ينقطع فلا يجب (وان قتل عادل باغيا أو قتله) أى العادل (باغ وقال) الباغى قتلته و (أنا على حق ورثه) أى ورث العادل الباغى فى المسئلة الاولى وورث الباغى العادل فى المسئلة الثانية فالاولى بالاجماع لانه قتل بحق فلا يمنع الارث وقال الشارح وقال الشافعى لا يرث العادل ايضا لانه قاتل واما الثانية فهى قولهما وعند ابى يوسف لا يرث لانه قتل بغير حق وبه قال الشافعى ومالك وأحمد فى رواية ولهما أنه اذا قال قتلته وأنا على حق يكون قتلا بحق لانه بتاويل صحيح عنده لانضمامه الى المنعة وان كان فاسدا فى نفس الامر الا ترى انه يسقط به الضمان فلا نوجب به الحرمان (وان قال) قتلته و (أنا على باطل لا) يرث اجماعا لانه قاتل بغير حق قال صاحب الهداية فى العادل اذا أتلف نفس الباغى أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لانه لا منعة فى حق الشارع وكذا قال فى البدائع لا يضمنون ما أصابوا من دمائنا وأموالنا اذا كانوا على منعة وكذا أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم وأموالهم لان ما أتلفوا دفعا لقتالهم عن أنفسهم والعادل اذا أتلف عادلا عبدا أو حرا او ماله دفعا لقتاله لا يضمن فالباغى أولى وفى الاختيار قال محمد اذا تابوا أفتيتهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لانهم أتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفى المحيط العادل اذا أتلف مال باغ يؤخذ بالضمان لان مال الباغى معصوم فى حقنا وأمكن التزام الضمان فكان فى ايجابه فائدة بخلاف ما اذا أتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكره فى الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا أتلفه حال القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه أن يقتلهم الا باتلاف شئ من مالهم كالخيل والقماش الذى عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم واما اذا أتلفوها فى غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان

لان

لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم (وكره بيع السلاح من اهل الفتنة) لانه اعانة على المعصية (وان لم يدر) أى وان لم يعلم (انه) أى الرجل الذى يبيع له السلاح (منهم) اى من أهل الفتنة (لا) يكره البيع له لان الغلبة فى دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح دون مالا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لان المعصية بيع نفس السلاح بخلاف الحديد ألا ترى ان العصير والخشب الذى يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه وكذا بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لان عينها ليست منكرة وانما المنكر فى استعماله المحظور ثم ذكروا ان الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والفرق أن أهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف اهل الحرب والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (اللقيط) *

هو فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وهو اسم لشئ منبوذ فى اللغة وفى الشرع اسم لمولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا سمى به باعتبار ما يؤول اليه (ندب) أى استحب (التقاطه) أى التقاط اللقيط ان غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان فى مصر او قرية لما فيه من احياء النفس وعند الثلاثة فرض كفاية ووجب التقاطه (ان خيف الضياع) أى ضياع اللقيط بأن وجده فى مفازة أو مسبعة أو بئر ونحوها صيانة له ودفعا للهلاك عنه وعند الثلاثة فرض عين (وهو) أى اللقيط (حر) لانه الاصل فى بنى آدم ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر والغالب وهو حر فى جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف أمه لوجود ولد منها لا يعرف له أب (ونفقته) أى نفقة اللقيط (فى بيت المال) لانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب فصار كالمقعد الذى لا مال له ولا قريب ولو أنفق عليه الملتقط يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى بالانفاق عليه فيرجع على اللقيط بها ثم مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى شخص دينا عن شخص بأمره فانه يرجع عليه وفى الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بأنه ينفق عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال (كارثه) أى كما يكون ارثه فى بيت المال (وجنايته) فيه أيضا (ولا يأخذه) أى اللقيط (منه) أى من الملتقط (احد) لان يده سبقت اليه فكان أحق بحفظه وليس لغيره ان ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضى باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضى فله ان لا يقبل منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه ليكون مؤنته فى بيت المال وان أقام بينة انه لقيط أو علم القاضى بذلك فكذلك له ان لا يقبله منه لانه بالتقاطه التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه فلا يسمع ان شاء كالوصى اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى (ويثبت نسبه) أى نسب اللقيط (من واحد) يعنى اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط لما فيه من نفع الصغير لان الناس يتفاخرون بالانساب ويعيرون بعدمها واذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد الملتقط هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى وان كان ذميا والآخر مسلما لانه صاحب يد (و) يثبت نسبه (من اثنين) أيضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد أو بينة

أوذكرعلامة فيكون ابنهما الاستوائهما فى النسب فان ذكر أحدهما علامة فى جسده أوسبق فى
الدعوى كان أولى لشهادة الظاهر فى ذكر العلامة ولعدم المنازع فى سبق الدعوى وعن مالك
لا يثبت نسبه الا ببينة وعن أشهب يثبت بالدعوى (وان وصف أحدهما) أى أحد الاثنين
(علامة به) أى باللقيط (فهو) أى الواصف (أحق به) أى باللقيط لما ذكرنا وعند الشافعى يرجع الى
قول القائف المدلجى ليلحقه بأحدهما وان لم يكن مدلجى فقائف آخر لانه عليه الصلاة والسلام
حكم بالقائف فى مثله وبه قال أحمد قلنا لا علم للقائف بذلك قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم
والقائف من يعرف الآثار ويشبه الاولاد بالآباء فيخبر ان هذا الولد لفلان وان وافق بعض
العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس أحدهما باولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة
أحدهما فهو ابنه لعدم المنازع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة ولو ادعت امرأتان
قضى به لهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما يتعلق
بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل (و) يثبت نسبه أيضا من (ذمى) ان ادعاه (وهو)
أى اللقيط (مسلم) لانه لا يلزم من كونه ابناله أن يكون كافرا كما لو أسلمت أمه ولكن هذا (ان لم يكن)
وجد اللقيط (فى مكان أهل الذمة) مثل البيعة والكنيسة والقرية من قراهم وهذا تصريح بأن
المعتبر هو المكان وقد اختلف فيه فنهم من اعتبره ومنهم من اعتبر الواجد والحاصل ان هذا على
أربعة أوجه الاول أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد أو القرية أو المصر للمسلمين فيكون
مسلما والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة ونحوها فيكون كافرا والثالث ان يجده
كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ففيهما اختلاف الرواية ففى كتاب
اللقيط العبرة للمكان لسبقه وفى رواية ابن سماعة العبرة للواجد لقوة اليد وفى رواية أيهما كان
موجبا للاسلام فهو المعتبر لان الاسلام أنفع له وهو أوفق وفى رواية يحكم زيه فان كان عليه زى
المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفر نحو الصليب والزنار فهو كافر (و) يثبت نسبه أيضا
(من عبد) اذا ادعاه (وهو) أى اللقيط (حر) لان العبد قد يلد له حر والدار دار الاحرار والحرية
الظاهرة لا تبطل بالشك ولو قال العبد هو ولدى من زوجتى وهى أمة فصدقه مولاها يثبت نسبه
ويكون حرا عند محمد وقال أبو يوسف يكون عبد السيدها والحر أولى من العبد فى دعوة اللقيط
ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعى من الحرة أولى
والمسلم أولى من الذمى عند التنازع لانه أنفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمى أولى
(ولا يرق) اللقيط (الا ببينة) لانه حكم بحريته بالدار فلم يتغير ذلك الا بالحجة ويشترط أن يكون
الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار أو باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكافر الا اذا اعتبر كافرا بوجوده
فى موضع أهل الذمة والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده (وان وجد معه) أى مع اللقيط (مال
فهو) أى المال (له) أى للقيط لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حرا وكذا اذا كان المال
مشدودا على الدابة واللقيط عليها للشهادة الظاهرة من حاله ويصرفه الملتقط عليه بأمر القاضى
عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك وقيل يصرفه عليه بغير أمره لانه مال الملتقط ظاهرا
(ولا يصح للملتقط عليه) أى على اللقيط (نكاح) أى تزويج لان ولاية التزويج تستحق بقرابة
او بسلطنة ولم يوجد شئ من ذلك (و) كذا لا يصح للملتقط عليه (بيع) ماله لان التصرف فى

المال

المال لايجوز الابكمال الرأى ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الاب والجد لاغير ولهذا لايملكه الام مع أنها تملك الانكاح فهذا أولى (و) كذا (اجازة) أى اجارة اللقيط للاستخدام لان الاجارة لايملكها من لايملك اتلاف منافعه بالاستخدام بلاعوض والملتقط لايملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الام فانها تملكه على ماعرف وذكر القدورى أن له أن يؤجره والذى ذكره الشيخ أصح وهى رواية الجامع الصغير (و يسلمه) أى يسلم الملتقط اللقيط (فى حرفة) لانه نفع محض له (ويقبض) الملتقط (هبته) أى هبة اللقيط يعنى اذا وهب له فللملتقط أن يقبضها له لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (اللقطة)

هى مثل اللقيط فى الاشتقاق والمعنى اللغوى وهى بضم اللام وفتح القاف اسم للمال الملتقط فان قلت ماهذه الصيغة قلت قال الشارح هو اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم للمفعول كالضحكة وسميت هذه بهذا الاسم مبالغة لزيادة معنى اختص به وهو أن كل من رآها يميل الى رفعها فكانها تأمره بالرفع لانها حاملة اليه فأسند اليها مجازا فجعلت كانها هى التى رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها يرغب فى الركوب والحلب فنزلت كأنها أحلبت نفسها أو اركبت نفسها وفيه تعسف وليس كذلك بل اللقطة سواء كان بفتح القاف أو بسكونها اسم موضوع على هذه الصيغة للمال الملتقط وليس هذا مثل الضحكة ولا مثل ناقة حلوب ودابة ركوب لان هذه صفات تدل على الحدوث والتجدد غيران الاول للمبالغة فى وصف الفاعل أو المفعول والثانى والثالث بمعنى المفعول للمبالغة كما عرف فى موضعه ويندب رفع اللقطة وعند الشافعى فى قول يجب وعن أحمد ومالك يندب تركها وهو رواية عنا واذا خاف ضياعها يجب وعند البعض لايحل رفعها مطلقا وهذا فاسد وقال فى شرح الطحاوى اذا وجد لقطة فالافضل له أن يرفعها اذا كان يامن على نفسه واذا كان لايامن لايرفعها وفى شرح الاقطع يستحب أخذ اللقطة ولا يجب وفى النوازل قال أبو نصر محمد بن محمد ابن سلام ترك اللقطة أفضل فى قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه وفى خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها أجمع العلماء عليه والافضل الرفع فى ظاهر المذهب وفى فتاوى الولوالجى اختلف العلماء فى رفعها قال بعضهم رفعها أفضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل وفى شرح الطحاوى ولو رفعها ووضعها فى مكانه ذلك فلا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هنالك فاما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية (لقطة الحل) وهو خارج الحرم (و) لقطة (الحرم) سواء عندنا وعند الشافعى يجب التعريف فى لقطة الحرم الى أن يجىء صاحبها وبه قال أحمد ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل وهى (أمانة ان أخذ) الملتقط (ليرد) اللقطة (على ربها) أى على صاحبها (وأشهد) الملتقط على ذلك لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان

جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء رواه أحمد وابن ماجه وعن أبي يوسف لا يشترط الاشهاد كما لو أخذها باذن المالك وبه قالت الثلاثة ولو لم يشهد يضمن عند أبي حنيفة ومحمد لان الاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير كالغاصب وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن واذا لم يمكنه الاشهاد بأن لم يجد أحدا وقت الالتقاط أو خاف من الظلمة عليها فلا يضمن بالاتفاق وان أشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقا لان الظاهر انه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه وكيفية الاشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد ضالة فدلوه على سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر (وعرف) بالتشديد أي الملتقط عرف اللقطة في الموضع الذي لقيها فيه وفي الاسواق والشوارع والمساجد ويقول من ضاع له شئ فليطلبه عندي (الى أن علم) أي الى أن غلب على ظنه (ان ربها) أي صاحبها (لا يطلبها) وهو الصحيح لان ذلك يختلف بقلة المال وكثرته وروى محمد عن أبي حنيفة أنه ان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول الشافعي ومالك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما فوق العشرة الى مائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوما وان كانت ثمرة ونحوها تصدق بها مكانها وان كان محتاجا أكلها مكانها وفي الهداية اذا كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه مباحا ويجوز الانتفاع به من غير تعريف لكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشور والنواة يملكها وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له ولصاحبها ان يأخذه منه وكذلك الحكم في صوفها (ثم تصدق) باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها (فان جاء ربها) أي صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء (نفذه) أي التصدق وله ثواب الصدقة (أو ضمن الملتقط) ان شاء لانه تصرف في ماله بغير اذنه سواء كان تصدق الملتقط بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح وله أن يضمن الفقير لانه أخذ ماله لنفسه من غير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير هذا اذا هلكت العين في يد الفقير وان كانت قائمة أخذها صاحبها ان لم يرض الصدقة لانه وجد عين ماله (وصح التقاط البهيمة) يعني جاز الالتقاط في نحو الشاة والبقر والابل والفرس لانه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه وعند الشافعي لا يصح في الكبار ويصح في الصغار وعند مالك لا يصح في الابل والخيل والبغال والحمير فقط وعند أحمد لا يصح في الكل وعنه يصح في الغنم وما روي من قوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ضالة الابل مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها

ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها رواه البخارى ومسلم فمحمول على انه كان فى ديارهم اذ كان لايخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله يتركها وهذا الآن فى بعض البلاد الدواب يسيبها أهلها فى البرارى حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت حاجتهم ولا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة والذى يدلك على هذا ما رواه مالك فى الموطأ عن ابن شهاب قال كان ضوال الابل فى زمن عمر رضى الله عنه ابلا مؤبلة تتناتج لايمسها أحد حتى اذا كان عثمان رضى الله عنه أمر بمعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها قال الجوهرى اذا كانت الابل للقنية فهى ابل مؤبلة (وهو) أى الملتقط (متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير أمر المدين (و) الانفاق عليهما (باذن القاضى يكون دينا) على صاحبهما لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له فصار أمره كامر المالك ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة عنده وفى الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها بعد أن يقول عند ثقات أشهدوا انى أمرته بالانفاق ان كان الامر كما قال وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينبغى للحاكم أن يحلفه وانما يأمره بالانفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده أنه لو كان المالك حاضرا اظهر (ولو كان لها) أى للقطة (نفع) بأن كانت بغلا أو حمارا أو جملا (أجرها) القاضى الى مدة (وأنفق عليها) من أجرتها لما فى ذلك من المصلحة (والا) أى وان يكن لها نفع بأن كانت شاة أو حمارا لايؤجر مثله أنفق عليها بقدر ما يرى من المدة ولم يظهر مالكها (باعها) لان النفقة على وجه الاستمرار تستأصل قيمتها ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفى كونه أمانة فى يده وفى البدائع لا يبيعها القاضى حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا فى الانفاق والآبق فى هذا كاللقطة الا أنه لايؤجر لانه يخاف عليه أن يأبق (ومنعها) أى منع الملتقط اللقطة (من ربها) أى صاحبها اذا جاء يطلبها (حتى يأخذ) منه (النفقة) التى أنفق عليها لان هذا دين صحيح فأشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين فى يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما يأخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط لانه صار فى معنى الرهن عند اختياره الحبس فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا (ولا يدفعها) أى ولا يدفع الملتقط اللقطة (الى مدعيها) أنها له (بلا) اقامة (بينة) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى (فان بين) المدعى بأن أعطى (علامتها حل) للملتقط (الدفع) اليه أى من غير أن يجبر عليه فى القضاء والعلامة مثل أن يسمى عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها وقال الشافعى ومالك يجبر على دفعها لما روى مسلم من قوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها اياه والا فهى لك وهذا أمر وهو للوجوب ولنا ان هذا مدع وعليه البينة لما روينا والعلامة لاتدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره ويخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحة وبه نقول وان دفع اليه بذكر العلامة ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة يضمن أيهما شاء

ويرجع الملتقط على الآخذ ان ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا عند الدفع وقيل يجبر وان دفعها اليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة أنها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء فان ضمن القابض فلا يرجع به على أحد وان ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا وفى الاختيار اذا دفع اليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مقهور وان أقام الحاضر بينة أنها له فقضى بالدفع اليه ثم حضر آخر وأقام بينة أنها له لم يضمن (وينتفع الملتقط (بها) أى باللقطة (لو) كان (فقيرا) لان فى ذلك نظر الجانبين (والا) أى وان لم يكن فقيرا لم يجز أن يتصدق بها على نفسه بل (تصدق على) فقير (أجنبى) كان أو قريبا منه وهو معنى قوله (وصح) أى التصدق (على أبويه) أى أبوى الملتقط (وزوجته وولده لو) كان كل واحد منهم (فقيرا) لان المبيح هو الفقر فلا يحتاج بين أن يكون هو أو قريبه أو أجنبى لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعى للواجد وان كان غنيا لحديث أبى بن كعب رضى الله عنه فيما رواه مسلم وأحمد عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها اياه والا فاستمتع بها ولنا قوله عليه السلام فليتصدق به ومحل الصدقة الفقراء وليس له حجة فى حديث أبى لانه حكاية حال فيجوز أنه عليه الصلاة والسلام عرف فقره اما لديون عليه أو لقلة ماله أو يكون اذنا منه عليه السلام بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل أنه عليه السلام عرف أنه كان فى مال كافر حربى

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاباق)

وهو مصدر ابق العبد اذا هرب والفاعل منه آبق وهو العبد المتمرد على مولاه (أخذه) أى أخذ الآبق (أحب ان قوى) أى قدر (عليه) أى على الآبق لان فيه احياء ماليته ثم له الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء رفعه للامام فاذا رفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة ثم يحبسه الامام تعزيرا له وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضى وحفظ ثمنه واختلفوا فى الضال فقيل أخذه أفضل احياء له وقيل تركه أفضل واذا رفعه الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة أجره وأنفق عليه من أجرته (ومن رده) أى الآبق (من مدة سفر) وهى مسيرة ثلاثة أيام (فله أربعون درهما) استحسانا والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعى لانه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال وعند مالك عليه أجرة المثل بلا سفر وكذا اذا أخذه من المصر وان أخذه من خارجه فكقولنا وعند أحمد دينار أو اثنا عشر درهما مطلقا وعنه لو جاء من المصر عشرة ومن خارجه أربعون درهما ولنا ما روى عن عمرو بن دينار لم نزل نسمع أنه عليه السلام قال جعل الآبق أربعون درهما وروى محمد بن الحسن فى أول كتاب جعل الآبق عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبى عمرو الشيبانى قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بأباق من الفيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء عن كل رأس أربعين درهما وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا كذا ذكر الحاكم

فى

في الكافي والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل وان اختلفوا في مقداره فروي عن ابن مسعود انه أوجب أربعين درهما على ماذكرنا وأوجب عمر رضي الله عنه دينارا أو اثني عشر درهما وأوجب علي رضي الله عنه دينارا أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر رضي الله عنه انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق أربعين درهما فيحمل الكل على السماع لان الرأي لا مدخل له في التقدير ثم يحمل قول من قال أربعين على مسيرة سفر ومادونه على مادونها توفيقا وتلفيقا وقوله (ولو قيمته) واصل بما قبله أي يجب أربعون درهما ولو كانت قيمة الآبق (أقل منه) أي من أربعين عند أبي يوسف لانه هذا تقدير الشرع فلا يحط منه بنقصان القيمة كصدقة الفطر وقال محمد تجب عليه قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس ونظرا لهم وليس من النظر ايجاب أربعين لرد من لا يساوي ذلك (ومن رده) أي الآبق (لاقل منها) أي من مدة السفر (فبحسابه) أي فالواجب بحساب ذلك لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل أنه يرضخ له اذا وجد في المصر أو خارج المصر وعن أبي حنيفة أنه لا شئ له في المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده أكثر من مدة السفر لا يزاد على أربعين درهما وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا يأخذ من أوفى حتى يوفي كله كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين أو أكثر يجب لكل واحد منهم أربعون درهما ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للام فلا يزاد على الجعل شئ وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما (والمدبر وأم الولد كالقن) لانهما لو كان للمولى بخلاف المكاتب لانه أحق بمكاسبه هذا اذا ردهما في حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل له في الحرة وكذا المدبر ان خرج من الثلث لماذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة هو كالمكاتب فلا جعل فيه وان رد القن بعد موت المولى يستحق الجعل ان كان الراد أجنبيا وان كان وارثا ينظر ان أخذه بعد الموت لا يستحق شيأ وان أخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف ولو رد عبد أبيه أو أخيه أو سائر أقاربه لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى ولو لم يكن في عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين رد عبد الآخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد آبقا (وان أبق) الآبق (من الراد لا يضمن) لانه أمانة في يده اذا أشهد وقت الاخذ ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو أخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الراد هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان كذبه فالقول قول المولى الا اذا أقام البينة على اقرار المولى بأنه أبق ولو جاء به الى المولى فأعتقه قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق قبض معنى ولو دبره والمسئلة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه ولو باعه من الراد استحق الجعل بخلاف ما اذا وهب له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لماذكرنا ولا جعل له (ويشهد) الذي يمسك الآبق (انه أخذه ليرده) الى مولاه لان الاشهاد يدل على ذلك وتركه يدل على أنه أخذه لنفسه حتى لو تركه يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده عندهما وعند أبي يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده وقد مر الاصل في كتاب اللقطة (وجعل) العبد الآبق (الرهن على المرتهن) لانه حيي دينه بالرد والرد سواء كان في حياة الراهن أو بعده هذا اذا كان

كله مضمونا بأن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فان كان بعضه امانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضى ما عليه من الديون وان أبى بيع العبد وأخذ الراد جعله من ثمنه وما بقى يعطى لاصحاب الديون وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولى الجناية وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب وجعل عبد الصبى فى ماله وجعل المغصوب على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة فى الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة و يباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك (وأمر نفقته) أى نفقة الآبق (كاللقطة) لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه من ان الآخذ اذا أنفق عليه من غير اذن القاضى يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفى حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير أنه لا يؤجره والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المفقود)

وهو المعدوم لغة من فقدت الشئ اذا طلبته فلم تجده وقيل هو من الاضداد تقول فقدت الشئ اذا أضللته وفقدته أى طلبته وفى الشرع (هو) أى المفقود (غائب لم يدر) أى لم يعلم (موضعه وحياته وموته) وأهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد (فينصب القاضى من يأخذ حقه) يعنى يقبض غلاته والديون التى أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد غيره (ويحفظ ماله) بعد قبضه (ويقوم عليه) فلا يبيع منه شيأ الا ما يخاف عليه الفساد لانه ان تعذر حفظه صورة فقد تعين معنى (وينفق) المنتصب (منه) اى من مال المفقود (على قريبه ولادا) أى من حيث الولاد وهو فروعه وأصوله فينفق على آبائه وأجداده وان علوا وعلى أولاده وان سفلوا (و) ينفق على (زوجته) أيضا لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء و يكون القضاء اعانة فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غير هؤلاء كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذوى الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضى لما أنه مختلف فيه فلو قضى لهم كان قضاء على الغائب وهو لا يجوز والمراد من ماله الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان فى يد القاضى وان كان وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان أحدهما ظاهرا دون الآخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر فى الصحيح وان دفعا اليهم بغير اذن القاضى ضمن المودع ولا يسقط الدين بخلاف ما اذا دفعا الى القاضى نفسه أو الى غيره بأمره فان كانا جاحدين أصلا أو كانا جاحدين السبب من النسب والزوجية لم ينتصب أحد من المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغائب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز أن يكون له مال آخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه

كالعبد يدّعى على رجل أنه اشتراه من مولاه الغائب وأعتقه فانه يقضى على الغائب فى مثله ضرورة (ولا يفرق) القاضى (بينه) أى بين المفقود (وبينها) أى وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى رواية لان عمر رضى الله عنه فعل كذلك فى الذى استهوته الجن فى المدينة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى امراة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وعمر رضى الله عنه رجع عن هذا (وحكم بموته) أى بموت المفقود (بعد تسعين سنة) لان الغالب لا يعيش أكثر من ذلك وبه قال أحمد والشافعى فى قول وأبى يوسف قدره بمائة سنة وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة وفى ظاهر الرواية مقدر بموت الاقران فى بلده والمختار أنه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد والطبائع وفى فتاوى الولوالجى قال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى يعنى أى وقت رأى المصلحة حكم بموته قلت الذى ذكره الشيخ هو الذى ذكره الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا فى الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا انه استون سنة رفقا بالناس ودفعا للحرج عنهم (وتعتد امرأته وورث منه) أى من المفقود (حينئذ) أى حين حكم بموته (لا قبله) أى قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون فى ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته (ولا يرث) المفقود (من أحد مات) من أقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله غيره فيكون كأنه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره هذا اذا لم تعلم حياته الى أن يحكم بموته وان علم حياته فى وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما فى الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث فان تبين حياته فى وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذى وقف من ماله وكذا اذا أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصى (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به) أى بالمفقود (لم يعط) أى الوارث شيأ صورته رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد أجنبى فتصادقوا على فقد الابن فطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر للمفقود ولا يعطى لولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع المال من يد الاجنبى الا اذا ظهرت خيانته (وان انتقص حقه) أى حق الوارث (به) أى بالمفقود (يعطى) الوارث (أقل النصيبين ويوقف الباقى) صورته تركت امرأة زوجا وأما واختا لابوين وأخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا الاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقى من نصيبه واعلم ان الاصل فيه ان تصحح المسئلة على تقدير ان المفقود حى وعلى تقدير أنه ميت ثم انظر بين المسئلتين فان توافقتا فاضرب وفق احداهما فى جميع الاخرى وان تباينتا فاضرب كل احداهما فى جميع الاخرى ثم اضرب من كان له شئ من مسئلة الوفاة فى مسئلة الحياة أو فى وفقها ومن كان له شئ من مسئلة الوفاة فى مسئلة الحياة أو فى وفقها فصورة الموافقة ما ذكرنا الا انها تصح من ثمانية عشر على

تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية وبينهما موافقة بالنصف فاذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تبلغ اثنين وسبعين فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه وللام اثنا عشر وستة موقوفة من نصيبها وللاخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها فان ظهرت حياته أخذ كل واحد منهم ما كان مستحقا على ذلك التقدير فيكمل للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذى أصاب للام وللاخت بحاله لان الحاصل لهما على تقدير حياته هو الاقل والباقى للاخ وهو ستة عشر سهما وان حكم بموته بقى الزوج بحاله وكمل للام وللاخت ما كان موقوفا من نصيبهما وصورة المباينة زوج وأخت لاب وأم وأخت لاب وهى مفقودة فمسئلة الحياة من سبعة ومسئلة الوفاة من اثنين ولا موافقة بينهما فتضرب السبعة فى الاثنين تبلغ أربعة عشر وكان للزوج ثلاثة من مسئلة الحياة تضرب فى الاثنين تصير ستة وللاخت لاب وأم كذلك وللمفقودة واحد فى الاثنين باثنين وللزوج فى مسئلة الوفاة سهم فى السبعة بسبعة وللاخت لاب وأم كذلك ويعطى لكل واحد منهما أقل النصيبين وذلك ستة والموقوف سهمان فان رجعت المفقودة فالسهمان لها والا فسهم للزوج وسهم للاخت لاب وأم وقد يجىء فيه المماثلة كما اذا تركت زوجا وأما وأختين لاب وأم واحداهما مفقودة فالمسئلتان تصح من ثمانية لوجود التماثل للزوج منها ثلاثة وللام سهم وللاخت الباقى وهو سهمان وللمفقودة سهمان فيوقفان حتى يظهر أمرها وقد يجىء فيه المداخلة كما اذا تركت زوجا وأما وبنتا وابنا وأخا لاب وأم والابن مفقود فتصح المسئلتان من ستة وثلاثين لوجود التداخل وأربعة عشر منها موقوفة وتخريجها على مامر والله أعلم (كالحمل) أى كما يوقف فى الحمل بأن مات وترك امرأته حاملا فلا يخلو اما أن يكون غير حاجب للورثة أو كان حاجبا فان كان غير حاجب شاركهم مثل ما اذا مات وترك ابنين وحملا فعلى قول أبى حنيفة يوقف ثلثا المال وعلى قول محمد نصفه وعلى المفتى به ثلثه وهو قول أبى يوسف وان كان حاجبا فان كان يحجب حرمان فى الجميع كالاخوة والاخوات والاعمام وبنى الاعمام يوقف جميع التركة لجواز أن يكون ابنا وان كان فى البعض كالاخوة والجد يعطى للجد السدس ويوقف الباقى وان كان يحجب نقصان كالزوج والزوجة يعطيان أقل نصيبهما ويوقف الباقى

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الشركة)

الشرك النصيب وقال عليه السلام من أعتق شركا له فى عبد أى نصيبا وهو مصدر شركت الرجل أشركه شركا فى المال وشريك الرجل ومشاركه سواء وفى الشرع عبارة عن العقد على الاشتراك واختلاط النصيبين وهى على نوعين الاول (شركة الملك) وهى (أن يملك اثنان عينا ارثا) أى من حيث الارث بان ورثاها من مورث (أو شراء) أى من حيث الشراء بأن اشترياها أو هبة بأن اتهباها أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحد أو خلطاه خلطا بحيث يعسر التمييز أو يتعذر فكل هذا شركة ملك (وكل) واحد من شريكى الملك (أجنبى فى قسط) أى نصيب (صاحبه) وفى بعض النسخ فى قسط غيره والاول أولى حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه بغير اذن صاحبه كما لأجنبى وان باع نصيبه من شريكه جاز كيف ما كان وكذا اذا باعه من غيره الا فى الخلط والاختلاط فانه لا يجوز أن يبيعه من أجنبى الا برضا صاحبه (و) الثانى

(شركة العقد) وهى (ان يقول أحدهما) أى أحد الاثنين للآخر (شاركتك فى كذا و يقبل الآخر) بان يقول قبلت لانه عقد من العقود فلا بدّ من الايجاب والقبول وشرطه أن يكون فيما يقبل الوكالة ليكون كل منهما فى الشراء أصيلا فى نصفه ووكيلا عن صاحبه فى النصف الآخر فيكون المشترى مشتركا بينهما و يكون الكسب كذلك بحسب الشركة فلا يجوز فى الاحتطاب والاحتشاش ونحوهما من المباحات لانّ التوكيل لا يصح فيه (وهى) أى شركة العقد على أربعة أنواع الاول (مفاوضة) أى شركة مفاوضة ولها شروط أشار اليها بقوله (ان تضمنت) الشركة (وكالة وكفالة) بأن يكون كل منهما وكيلا للآخر وكفيلا عنه فان قلت الوكالة بالمجهول لا يجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة قلت التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شئ مجهول فى ضمن عقد المضاربة فكذا هذا فان قلت الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له فى المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته قلت ذلك فى التكفيل قصدا وأما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا يشترط على ما مرّ فى الوكالة (وتساويا) أى الشريكان (مالا) اى من جهة المال (وتصرفا) اى من جهة التصرف (ودينا) أى من جهة الدين لانّ المفاوضة تنبئ عن المساواة ولا يكون الا بما ذكر ثم بين نتيجة هذه الشروط بقوله (فلا تصح) أى شركة المفاوضة (بين حر وعبد وصبى وبالغ ومسلم وكافر) لعدم التساوى وكذا لا تصح بين المجنون والعاقل وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الدين مثل ما اذا تفاوض المسلم والذمى لانّ ما يملكه الذمىّ من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم بتوكيل غيره فيتحقق التساوى ولكنه يكره وعندهما يكون عنانا لانّ الذمىّ يملك ذلك بنفسه والمسلم لا فانتفى التساوى ثم انها لا تصح الا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لانّ أكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة (وما) أى الذى (يشتريه كل) واحد من المتفاوضين (يقع مشتركا) أى يكون للشركة (الا طعام أهله وكسوتهم) لا يكون مشتركا للضرورة استحسانا وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التى يطؤها (وكل دين لزم أحدهما) أى أحد المتفاوضين (بتجارة) مثل البيع والشراء (و) بسبب (غصب و) بسبب (كفالة) كانت بأمر المكفول عنه (لزم) الشريك (الآخر) لما ذكرنا وفى الغصب خلاف أبى يوسف فانه يقول يختص به الغاصب ولا يلزم لشريكه لانه ليس بتجارة فصار كارش الجناية ولهما أنه ملك المضمون عند أداء الضمان فينقلب ضمان التجارة وفى الكفالة خلاف أبى يوسف ومحمد فانهما يقولان لا يلزم الشريك لانه تبرّع وله أنه تبرّع ابتداء معاوضة انتهاء فبالنظر اليها يلزمه واذا كفل بغير اذن المكفول عنه فانه غير لازم لشريكه اتفاقا وكذا الكفالة بالنفس (وتبطل) المفاوضة (ان وهب لاحدهما أو ورث أحدهما (ما تصح فيه الشركة) وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال وينقلب عنانا (لا) تبطل ان وهب لاحدهما أو ورث (العرض) لانّ التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض (ولا تصح) شركة (مفاوضة و) شركة (عنان بغير النقدين) وهما الدراهم والدنانير (والتبر) وهو القطعة المأخوذة من المعدن وقال مالك يجوز فى العروض اذا اتحد الجنس وعند بعض الشافعية يجوز لو كان عرضا مثليا قلنا

هذا يؤدّى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يضمن ومالم يملك بخلاف النقدين لانّ مايشتريه أحدهما يدخل فى ملكهما وثمنه فى ذمّته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين فكان ربح ما يضمن وأما التبر فقيل لانّ الذهب والفضة خلقا ثمنين وقيل لايجوز الا بالتعامل وهو الاصح (و) لا يصح أيضا بغير (الفلوس النافقة) أى الرائجة لانها اثمان فأخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة عنده بالنقود وعندهما لا تصح الشركة فيها ولا المضاربة لانّ رواجها عارض باصطلاح الناس وقيل أبو يوسف مع محمد والظاهر أنه مع أبى حنيفة (ولو باع كل) واحد من الاثنين (نصف عرضه) أى نصف ماله من العروض (بنصف عرض الآخر وعقدا) عقد (الشركة) بعد البيع (صح) مافعلاه فصار شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شريكه شركة ملك حتى لايجوز لكل منهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل منهما أن يتصرّف فى نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن أراد الشركة فى العروض وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا فانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة فى العروض التى باعها جاز أيضا (و) الثانية شركة (عنان ان تضمنت) الشركة (وكالة فقط) يعنى دون الكفالة وهى أن يشترك الرجلان فى نوع برّ أو طعام أو فى عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة وهو مأخوذ من قولهم عنّ له كذا أى عرض له أو من عنّ له اذا ظهر له فكأنه ظهر له ان يشاركه فى البعض من ماله وعند الشافعى جميع العقود باطلة الا العنان وبه قال أحمد وعن مالك لا أعرف المفاوضة وعن أصحابه جوّزها مالك فى الجملة لا بشرط التساوى فى المال بأن يفوّض كل تصرّفه الى آخر مع حضوره وغيبته (وتصح) شركة العنان (مع التساوى فى المال دون) التساوى فى (الربح و) تصح أيضا مع (عكسه) وهو ان يتساويا فى الربح دون المال ومعناه أن يشترط الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز وقال زفر يستحقان الربح على قدر ربح مالهما ولا يجوز أن يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدّى الى ربح مالم يضمن وبه قال الشافعى ومالك ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين من غير فصل بين التساوى والتفاضل (و) تصح أيضا (ببعض المال) دون بعض لعدم اشتراط التساوى (و) تصح أيضا اذا كان من (خلاف الجنس) بأن كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير وقال زفر والشافعى لايجوز لانّ الربح فرع المال ولا تتصوّر الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة فى الاصل ولا يتصوّر ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان ولنا انّ الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بثمن فى ذمته على أن يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال وقيل هذه المسئلة مبنية على انّ الدراهم والدنانير تتعينان عندهما كالعروض وعندنا لا (وعدم الخلط) أى وتصح أيضا بعدم الخلط بين المالين على ما بينا خلافا لزفر والشافعى (وطولب المشترى) وحده من شريكى العنان (بالثمن) أى بالثمن الذى اشتراه لانه هو العاقد (فقط) أى لا يطالب الشريك الآخر لانها لا تتضمن الكفالة (ورجع) المشترى (على شريكه بحصته منه) أى من الثمن ان كان قد أدّى الثمن من مال نفسه وهذا القيد أهمله الشيخ وكذا القدورى وذكره فى الهداية لانه وكيل من جهته فاذا نقده من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله

فعليه

فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر والآخر ينكر والقول قوله وان كان نقده من
مال مشترك لا يرجع عليه (وتبطل) الشركة (بهلاك المالين) أى مالى الشريكين لانه هو المعقود
عليه فيها فاذا هلك بطل العقد كالبيع (او) هلاك (أحدهما) أى أحد المالين لان الشريك لم
يرض بالآخر الا ليشركه هو فى ماله فاذا هلك أحدهما فات ذلك ففات رضاه بشركته فيبطل العقد
وأى المالين هلك هلك من مال مالكه فان هلك فى يده فظاهر وان هلك فى يد الشريك فكذلك لانه
امانة وانما قال (قبل الشراء) لانه اذا هلك أحد المالين بعد الشراء بالمال الآخر كان المشترى
مشتركا بينهما وهو معنى قوله (وان اشترى أحدهما) أى أحد الشريكين (بماله) أى بمال نفسه
(وهلك مال) الشريك (الآخر فالمشترى) بفتح الراء (بينهما) أى بين الشريكين على ما شرطا
(ورجع) المشترى بماله (بحصته منه) أى من الثمن (على شريكه) لانه وكيل فى حصة شريكه
وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه ثم الشركة شركة ملك عند
الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف الا فى نصيبه لان شركة العقد بطلت
بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع
وقع مشتركا بينهما وشركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره (وتفسد) الشركة (ان شرط لاحدهما)
أى لاحد الشريكين (دراهم مسماة من الربح) بأن قال أحدهما يكون لى من الربح مائة درهم
مثلا ثم يقسم الباقى لانه شرط يوجب انقطاع الشركة لانه قد لا يربح الا ذلك القدر الذى سماه
لاحدهما (ولكل) واحد (من شريكى العنان و) شريكى (المفاوضة أن يبضع) من الابضاع
وهو أن يدفع مالا لآخر يتجر فيه ويكون الربح له لانه من عادة التجار (و) أن (يستأجر) من
يتجر فيه أو من يحفظ المال لانه معتاد بينهم (و) أن (يودع) لانه اقامة الحافظ فى المال (و) أن
(يضارب) لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح أجيرا
والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الآخر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه الاشياء
كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول
أصح وهو رواية الاصل (و) أن (يوكل) لانه متعارف بينهم (ويده) أى يد كل واحد من
الشريكين (فى المال أمانة) لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة
والعارية (و) الثالث من أنواع شركة العقد شركة (تقبل) وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال
أيضا وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى وزفر فى رواية لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى
رأس المال ولا مال لهما فكيف يتصور التميز بدون الاصل ولنا أن المقصود تحصيل المال
بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز وفسر شركة التقبل بقوله (ان اشترك خياطان أو) اشترك
(خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) وقال زفر ومالك لا يجوز مع
اختلاف الصنعة كالخياط والصباغ لان الشركة هى الخلطة ولا خلطة فيها ولنا ان أول هذا
العقد توكيل بالتصرف وآخره اشتراك فى الربح فصار كالمضاربة فلا يشترط الاتحاد وكذا
لا يشترط اتحاد المكان بالمكان خلافا لهما (وكل عمل يتقبله أحدهما) أى أحد شريكى التقبل
(يلزمهما) أى يلزم الشريكين جميعا حتى يطالب كل منهما بذلك العمل لان كل ما يتقبله
أحدهما مضمون على الآخر فكان كالمفاوضة فى ضمان الاعمال والمطالبة بالابدان ويطالبان

بالاجر ويبرآن بعمل أحدهما او يبرأ المستعمل بدفع الاجرة الى أحدهما (وكسب أحدهما بينهما) يعنى اذا عمل أحدهما دون الآخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز والمراد من المال الربح وفى شرح الطحاوى ويجوز اشتراط الربح بينهما على السواء وعلى التفاضل بان يكون أحدهما أحذق من الآخر فى العمل وعند زفر لا يجوز متفاضلا وفى الخلاصة ولو شرط الربح فى هذا لاحدهما أكثر مما شرط للآخر جاز عندنا لان العمل متفاوت قد يكون أحدهما أحذق من الآخر فان شرط الاكثر لادناهما عملا اختلف المشايخ فيه اه وفى الغاية الصحيح أنه يجوز أيضا لان الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ألا ترى الى ما نص عليه الحاكم الجليل الشهيد فى الكافى فان غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو أيضا بينهما وفى شرح الطحاوى ولو أن رجلا أجلس على دكانه رجلا يطرح عليه من العمل بالنصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت فتكون هذه شركة بالعروض فلا يجوز وفى الاستحسان يجوز لان هذه شركة تقبل لان تقبل العمل من صاحب العمل عمل فصارت شركة بالاعمال (و) الرابعة من أنواع الشركة شركة (وجوه) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبر أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه وقال الشافعى لا تجوز هذه الشركة وقد مر ثم فسر ذلك بقوله (ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجههما ويبيعا) وتكون هذه الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا على المفاوضة وذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة والا فعنان (وتتضمن) شركة الوجوه (الوكالة) لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه وتتضمن الكفالة أيضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة (وان شرطا) أى الشريكان شركة الوجوه (مناصفة المشترى) بفتح الراء يعنى أن يكون بينهما نصفين (او) شرطا (مثالثته) أى مثالثة المشترى بان يكون بينهما اثلاثا الثلث لاحدهما والثلثان للآخر (فالربح) يكون (كذلك) أى كما شرطا فى المشترى (وبطل شرط الفضل) فى الربح لان استحقاق الربح بالضمان وهو يتبع الملك فى المشترى فيتقدر بقدره وفى المضاربة جاز على خلاف القياس لتعين المال فيها

هذا (فصل) فى بيان الشركة الفاسدة (ولا تصح الشركة فى احتطاب) بأن يشترك اثنان على أن يحتطبا من الجبال ويبيعا (واصطياد) بان يصطادا ويبيعا (واستقاء) بأن يستقيا الماء من نهر أو بئر لانها تتضمن الوكالة والتوكيل فى أخذ ما هو مباح باطل وكذا فى الاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال وكذا كل مباح الا عند مالك واحمد يصح وعن بعض الشافعية يصح فى استقاء من مباح وكذا لا يجوز اذا اشتركا فى طلب الكنوز من المعادن ونقل الطين من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجرا فان كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكا فاشتركا أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز وهو شركة الوجوه وكذلك لا يجوز اذا اشتركا فى سؤال الناس والتكدى (والكسب) الحاصل من هذه الشركة (للعامل) لفساد الشركة (وعليه) أى على العامل (أجر مثله للآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر

راويه

راوية ليستقيا عليهما الماء فأيهما استقى فهو له ويجب عليه اجر مثل آلة الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به المسمى (والربح في الشركة الفاسدة) أي شركة تكون (بقدر المال وان شرط) أحدهما (الفضل) لانه تبع للمال وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل (وتبطل الشركة بموت أحدهما) أي بموت أحد الشريكين (ولو) كان الموت (حكما) أي من حيث الحكم وهو نصب على التمييز بان ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه ولا فرق بين أن يعلم موت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحدهما الشركة في حالة يكون له الفسخ فيها بأن كان المال دراهم ودنانير توقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا (ولم يزك) أحد الشريكين (مال) الشريك (الآخر بلا اذن) منه لان الاذن في التجارة والزكاة ليست منها (فان أذن كل) واحد منهما لصاحبه باداء الزكاة عنه (وأديا معا) أي مجتمعين (ضمنا) يعني ضمن كل واحد منهما للآخر (ولو) أديا أداء (متعاقبا) بأن أدى الاول ثم أدى الثاني (ضمن الثاني) علم بأداء صاحبه أو لم يعلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة أو الكفارات اذا أدى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما انه مأمور بالاداء وقد أتى به وله انه أتى بغير المأمور به لان المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض فصار مخالفا علم أو لم يعلم بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الامر لانه لم يخالف (وان أذن احد المتفاوضين) للآخر (بشراء أمة ليطأ ففعل) أي اشترى له أمة مثل ما أذن له (فهي) أي الامة (له) أي للماذون له بالشراء (بلا شئ) يجب عليه عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة وله أن الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشترياها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء على التقديرين

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الوقف)

وهو في الاصل مصدر من وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وعن المازني يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف وقفت من كلام العرب كذا نقل عن ابن جني وفي الشرع (هو) أي الوقف (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) أي بالغلة والريع الحاصل منها وهذا عند أبي حنيفة لان غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه احبس أصلها وسبل ثمرتها رواه النسائي وابن ماجه أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها والا لكان مسبلا جميعا وعندهما الوقف حبس العين على ملك الله تعالى وعند الشافعي وأحمد ينتقل الملك الى الموقوف عليه لو أهلا له وعن الشافعي انه ينتقل الى الله تعالى (والملك) أي ملك الواقف (يزول) عن

الموقوف (بالقضاء) أى بقضاء القاضى (لا الى مالك) عند أبى حنيفة لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وعندهما يزول من غير قضاء وأصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند أبى حنيفة أصلا وهو المذكور فى الاصل وقيل يجوز عنده الا أنه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أى وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير أنه عند أبى يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه لهما فى أصل صحة الوقف ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان عمر رضى الله عنه أصاب أرضا من خيبر فقال يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى فقال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر رضى الله عنه على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه البخارى ومسلم وآخرون ثم قال أبو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لانه اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وبه قالت الثلاثة وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولى لان التمليك من الله لا يتحقق قصدا لانه مالك الاشياء ولكنه ثبت فى ضمن التسليم الى العبد كما فى الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولابى حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وقول شريح جاء محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق كما قد ذكرناه آنفا ولانه تصدق بالغلة أو بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا فى الوصية وحديث ابن عمر رضى الله عنه لا يدل على لزومه ولهذا أراد عمر رضى الله عنه ان يبيع ذلك بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره الطحاوى الا أنه اذا حكم به حاكم يلزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وفى محيط شمس الائمة الحلوانى شرط جواز الوقف على قول أبى حنيفة وزفر أن يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه الا أن تجيز الورثة فيصير جائزا ويتأبد الوقف وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى الوقف عند أبى حنيفة على ثلاثة أوجه فى وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره أو أرضه فى صحته فلا يجوز وان اشترط التأبيد وسلم الى المتولى ويجوز بيعه ويكون ميراثا عن الواقف وفى وجه يجوز وهذا اذا وقفه فى حال حياته وجعله وصية بعد وفاته فانه يجوز من ثلث ماله وفى وجه لا يجوز فى ظاهر الرواية وهو اذا وقف فى مرض موته فهو كالوقف فى حال صحته وروى الطحاوى عن أبى حنيفة انه يجوز فى هذا كله كالوصية بعد وفاته وذكر محمد فى السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت فهو باطل ايضا عند أبى حنيفة وهو الصحيح وأكثر أصحابنا أخذوا بقولهما (ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) المتولى وهو قول محمد وبه يفتى مشايخ بخارى وهو أقرب الى موافقة الآثار (و) لا يتم أيضا حتى (يفرز) وهو قول محمد أيضا احترز به عن المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند أبى يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان المهايأة فيهما من أقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فى مسجد فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف فانه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله

أيضا

أيضا عند أبي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين ان الوقف كان شائعا فيعود الكل اليه أو الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان الشيوع طار بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وانما طرأ بعده فلا يضره ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة وهي التي سلمت الى الفقير وجعلت مملوكة له (و) حتى (يجعل آخره) أي آخر الوقف (لجهة لا تنقطع) عندهما وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم ولهما ان التصدق بالغلة قد يقع على وجه التأبيد وقد لا يقع فلم ينصرف مطلقه الى التأبيد فوجب التنصيص والخلاف في ذكر التأبيد واما نفس التأبيد فشرط بالاجماع وهو الصحيح وفي المحيط لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند يوسف بن خالد السمتي تلميذ أبي حنيفة فان ذكر التأبيد شرط عنده لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط ونقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى وقال في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الى المساكين فحصل عنه روايتان (وصح وقف العقار ببقره وأكرته) بفتح الهمزة والكاف والراء جمع اكار وهو الفلاح والقياس أن لا يجوز لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انها تبع للارض ولهذا يدخل البناء في وقف الارض تبعا وعلى هذا سائر آلات الحراثة وقال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على رباط على أن ما خرج من لبنها وسمنها يعطى ابناء السبيل جاز ان كان في موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف كالسقاية (و) صح أيضا وقف (مشاع قضى بجوازه) أي بجواز الوقف فيه لان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات وان لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز خلافا لمحمد (و) صح أيضا وقف (منقول) كالكراع والسلاح والفاس والقدر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وكتب الفقه والحديث والادبية وغير ذلك مما (فيه تعامل) وتعارف بوقفه وهو قول محمد وعليه الفتوى لورود الآثار بذلك وعند أبي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والكراع الخيل والشافعي جوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع فيبقى ما وراء على أصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله ويدخل في وقف الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار وفي الهداية ويدخل في حكم الكراع الابل يعني يجوز حبس الابل في سبيل الله لانها يغزى عليها كالخيل (ولا يملك) الوقف لانه لما صح الوقف ولزم كان ازالة ملك لا الى مالك فلم يصح تمليكه كالعتق (ولا يقسم) الوقف أيضا (وان وقف) الواقف (على أولاده) لان حقهم في الغلة لا في العين والقسمة تنافي ذلك فلا يجوز الا أن مقاسمة الواقف مع الشريك في وقف المشاع عند أبي يوسف جائزة لان القسمة افراز وتمييز الحقوق والممنوع التمليك لا الافراز ثم ان كان في القسمة

فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف لايجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لايجوز وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتر لابائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه (ويبدأ من غلته) اى من غلة الوقف (بعمارته) أى بعمارة الوقف (بلا شرط) من الواقف أراد شرط أو لم يشرط فالعمارة مقدمة لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط ثم العمارة لاتزاد على قدر الوقف وعلى صفته أولا هذا اذا كان الموقوف عليه معينا أما اذا كان وقفا على الفقراء ففيه اختلاف المشايخ فقيل لاتجوز الزيادة وهو الاصح وقيل تجوز بأن يكون الثانى زائدا على الاول (ولو) كان الوقف (دارا) على سكنى شخص بعينه (فعمارته على من له السكنى) لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم (ولو أبى) أى امتنع من له السكنى عن العمارة (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم بأجرتها) بأن يؤجرها ويعمرها من الاجرة لابقاء الوقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع عن العمارة لان فيه اتلاف ماله ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك لكن الحاكم يؤجرها له أو لغيره فيعمرها بأجرتها بقدر مايبقى على الصفة التى وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك فى رواية حتى لايزيد على ما كانت عليه وفى رواية يجوز والاول أصح على ماذكرنا وقال الاستروشنى فى فصوله الموقوف عليهم لايملكون اجارة الوقف قال الفقيه أبو جعفر ان كان الاجر كله للموقوف عليه بأن كان غيره لايشركه فى استحقاق الغلة فحينئذ يجوز وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجرها وأما اذا لم يشترط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه (وصرف) القاضى (نقضه) بكسر النون أى ما انتقض من الوقف مثل الآجر والحجر والخشب ونحوها (الى عمارته) أى الى عمارة الوقف (ان احتاج) الى ذلك (والا) أى وان لم يحتج اليه (حفظه للاحتياج) أى لاجل الاحتياج فى المستقبل أو الى الاحتياج لانه لابد من العمارة والا فلا يبقى فيصرفه فى الحال ان احتاج اليه والا يمسكه الى وقت الاحتياج كى لايتعذر عليه أوان الحاجة (ولا يقسمه) أى ولا يقسم القاضى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه ليس لهم حق فى العين ولا فى جزء منه وانما حقهم فى المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة (وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه) بأن قال فى كتابه يصرف الريع اليه مدة حياته ثم من بعده الى فلان وفلان أو على جهات عينها جاز ذلك عند أبى يوسف وعليه مشايخ بلخ ترغيبا للناس فى الوقف وقال محمد لايجوز لان القربة بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا وبه قال الشافعى وهلال الرأى ولابى يوسف ماروى أنه عليه السلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء وتكون وقفا مكانه أو شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وفى الاجناس اذا وقف على نفسه لايجوز فى قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف يجوز وفيه أيضا لو قال أرضى صدقة موقوفة على نفسى كان الوقف باطلا وكذلك لو قال صدقة موقوفة على ان غلتها الى ماعشت لايجوز الوقف وكذلك لو قال صدقة موقوفة على

وعلى

وعلى ولدى ونسلى الوقف باطل وفى المبسوط وكذلك على هذا الخلاف اذا شرط الكل أو شيأ منه لمدبريه أو أمهات أولاده وفى الغاية اذا شرط الواقف أن يستبدل بأرض الوقف أرضا أخرى هل يجوز ذلك أم لا فقد نقل فى الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استبدال الوقف باطل الا رواية عن أبى يوسف وفى الخلاصة اذا شرط فى أصل الوقف ان يستبدل به أرضا أخرى ان شاء ذلك فتكون وقفا مكانها فالوقف والشرط جائزان عند أبى يوسف وكذا لو شرط أن يبيعها ويستبدل بثمنها مكانها وعند محمد وهلال الوقف جائز والشرط باطل وذكر الانصارى فى وقفه له الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم واذا مات الواقف ولم يبعها لا يجوز لمن وليها بعده بيعها ولو شرط أن يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين لم يجز هذا الشرط وفى الخلاصة ذكر الامام السرخسى فى السير الكبير مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وفيه ايضا وكان الشيخ الامام ظهير الدين يفتى بجواز الاستبدال ثم رجع عنه وفى المنتقى عن محمد اذا صار الوقف بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضى (او جعل) الواقف (الولاية اليه) أى التولى على أمور الوقف وهو النظر عليها وهو جائز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى غير ان عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لان التسليم شرط عنده وان لم يشترطها لاحد فالولاية له عند أبى يوسف خلافا لمحمد وفى الاجناس عن وقف هلال اذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك اولم يشترط ثم قال قال محمد فى السير الكبير لا ولاية له الا أن يشترطه لنفسه وقوله (صح) جواب المسئلتين (وينزع) الواقف الذى اشترط الولاية لنفسه (لو) كان (خائنا) غير مأمون على الوقف (كالوصى) اذا كان غير مأمون ينزع منه (وان شرط) الواقف فى كتابه (أن لا ينزع) يعنى أن لا ينزعه القاضى ولا السلطان لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل والله أعلم

هذا (فصل) فى بيان أحكام المسجد والخان والمقبرة ونحوها (من بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه (حتى يفرزه) أى حتى يميزه (عن ملكه بطريقه) أى بافراز طريقه عن ملكه (ويأذن) للناس (بالصلاة فيه فاذا صلى فيه) أى فى المسجد (واحد) من الناس (زال ملكه) وهذا كله عند أبى حنيفة ومحمد اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه يشترط التسليم عندهما فاذا تعذر تقوم الصلاة فيه مقامه ولا يشترط فيه قضاء القاضى ولا التعليق بالموت عند ابى حنيفة بخلاف الوقف ثم يكتفى بصلاة الواحد فى رواية عن أبى حنيفة ومحمد وعنهما أنه يشترط الصلاة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط فصار كالاعتاق وبه قالت الثلاثة الا عند الشافعى وأحمد فى رواية يشترط ذكر لفظ وقفت ولا يشترط عند أصحابنا (ومن جعل مسجدا تحته سرداب) بكسر السين وهو بيت تحت الارض للتبريد معرب ويقال له بالفارسية زيرزمين (اوفوقه) أى أو فوق المسجد (بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله) عن ملكه (او اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) أى فى المسجد الذى اتخذه فى وسط داره (له) أى لهذا الجاعل أو المتخذ (بيعه) أى بيع هذا المسجد فى حياته (ويورث عنه) بعد موته

لانه لم يخلص به لبقاء حق العبد فيه ومع بقاء حق العبد فى أسفله أو فى أعلاه او فى جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص فان قلت مسجد بيت المقدس تحته سرداب قلت السرداب فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله نقول بأنه مسجد وعن أبي حنيفة انه أجاز أن يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل أصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه وعن محمد عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل ومسكن بخلاف العكس وعن أبي يوسف انه أجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وعن محمد مثله حين قدم الرى وعن أبي يوسف ومحمد انه اذا اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة ولو اتخذ أرضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث عنه بخلاف الوقف عند أبى حنيفة حيث يرجع فيه مالم يحكم به الحاكم (ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا) لاجل الغزاة (أو) جعل أرضه (مقبرة) للموتى (لم يزل ملكه عنه) أى عما ذكر من الاشياء (حتى يحكم به حاكم) عند أبى حنيفة وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال ملكه عنها فكل واحد منهم بنى على أصله على ما بينا ثم لا فرق فى الانتفاع فى مثل هذه الاشياء بين الغنى والفقير حتى جاز للكل النزول فى الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن فى المقبرة بخلاف الغلة حيث لا يجوز الا للفقراء وعلى هذا الوقف حتى لو وقف أرضا لتصرف غلتها الى الحاج أو الى الغزاة أو طلبة العلم لا يصرف الى الغنى منهم ذكره فى المحيط (وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح) معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا من الطريق فى المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روى ان الصحابة رضى الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا ارضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا فى المسجد الحرام (كعكسه) أى كما صح عكسه وهو ما اذا جعل فى المسجد ممر للناس لتعارف أهل الامصار فى الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف فى موضعه وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

تم

(تم الجزء الاول ويليه الجزء الثانى اوله كتاب البيوع)

(فهرسة الجزء الثاني من العيني على الكنز)

خلافا

(تمت)

الجزء الثانى من شرح الكنز تأليف الشيخ الامام
العالم العلامة عمدة المحققين والمحدثين
أبى محمد محمود العينى تغمده الله
تعالى برحمته وأسكنه
فسيح جنته
م

بسم الله الرحمن الرحيم

(هذا (كتاب) في بيان أحكام (البيوع)

وفي بعض النسخ البيع والاصل أن لا يجمع البيع لانه مصدر فيتناول القليل والكثير والذي يجمعه ينظر الى الانواع التي تحته وهو في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع (هو) أي البيع (مبادلة المال) بالمال (بالتراضي) فان وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعا شرعيا لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض (ويلزم) أي ينعقد البيع انعقادا لازما (بايجاب وقبول) بصيغة المضي كقول البائع بعت والمشتري اشتريت لان الشرع اعتبر الاخبار انشاء في جميع العقود فينعقد به وقال الشافعي لا يلزم بذلك بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وبه قال أحمد في رواية ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري واثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفي بقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام والحديث محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الافعال مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال هذا تأويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وينعقد البيع أيضا بكل لفظ يدل على معنى الايجاب والقبول مثل قوله في الايجاب خذ هذا بألف أو أعطيتك أو هذا لك بكذا وكذا في القبول اشتريت وقبلت ورضيت وأجزت وأخذت وما أشبه ذلك ولا فرق بين أن يكون البادي المشتري أو البائع (و) يلزم أيضا (بتعاط) سواء كان في نفائس السلع أو خسائسها في الاصح وعن الكرخي جواز ذلك في الخسائس دون النفائس وهو قول أحمد وعند الشافعي لا ينعقد بالتعاطي مطلقا ثم

قوله كسائر أسماء الافعال هكذا بخطه والصواب أن يقول كسائر أسماء الفاعلين كما قاله الزيلعي رحمه الله لان المتبايع اسم فاعل لا اسم فعل تدبر اه من هامش

اختلفوا

اختلفوا فيما يتم به التعاطى قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد الى أنه يكتفى بتسليم المبيع (واى) واحد من المتعاقدين (قام عن المجلس قبل القبول) بعد ايجاب أحدهما (بطل الايجاب) لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى وعند الشافعى خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور وقلنا انه يحتاج الى التروى والتفكر فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة وفيما قاله حرج بين وهو مدفوع بالنص (ولا بد من معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن غير مشار) اليه لان جهالتهما تفضى الى المنازعة كما فى السلم فان معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد والحاصل أن الاعواض اذا كانت غير مشار اليها سواء كان ثمنا أو مثمنا يشترط فيها معرفة المقدار فى المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه وأما اذا كانت مشارا اليها فلا يشترط ذلك أشار اليه بقوله (لا) يحتاج الى معرفة القدر فى المبيع والثمن ووصفه فى الذى هو (مشار) اليه لعدم الافضاء الى المنازعة لكن هذا فى غير الاموال الربوية وأما فى الاموال الربوية فاذا قوبلت بجنسها فان العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربا (وصح) البيع (بثمن حال) بتشديد اللام (وبأجل معلوم) اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لاطلاق النص واذا كان الاجل مجهولا فسد العقد (ومطلقه) أى مطلق الثمن أراد أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا (يقع على النقد الغالب) فى البلد لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص (وان اختلفت النقود) فى البلد ولكن كان الكل فى الرواج سواء وفى المالية مختلفة (فسد) البيع للجهالة (ان لم يبين) فاذا بين ارتفع الفساد فان كانت فى الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد وان كانت فى المالية سواء جاز البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه وان كانت فى الرواج سواء كالاحادى والثنائى والثلاثى جاز لان مالية كل واحد درهم لان الثنائى كل اثنين منه درهم والثلاثى كل ثلاثة منه درهم فاستوى الكل فى كونه درهما واحدا فى الحقيقة وان اختلفت فى الصورة ونظيره الكاملى والعادلى والظاهرى والمنصورى والناصرى اليوم بمصر هكذا قال الشارح قلت فسد الحال فخرج درهم يقال له نوروزى وآخر يقال له حكمى وعندهم عتيق يقال له ظاهرى واخر يقال له بندقى فالدرهم الظاهرى يباع بثمانية دراهم من الفلوس والنوروزى يباع منه درهم بدرهمين من الفلوس أو ثلاثة وفيه شئ لا يساوى درهما فلوسا والحكمى أزيد منه بيسير فحينئذ لا بد من التعيين ثم ظهر درهم يقال له مؤيدى كل درهم منه يباع بثمانية عشر درهما من الفلوس وأبطل غيره من الدراهم ماخلا الظاهرى العتيق فانه كان يباع منه درهم بعشرة وأقل وأكثر ففى هذا أيضا لا بد من التعيين والا فسد العقد (ويباع الطعام كيلا) أى من حيث الكيل (و) يباع أيضا (جزافا) لان بكل منهما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف فلانه بالاشارة ترتفع الجهالة ومراده أن يبيعه بخلاف جنسه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو مادون نصف الصاع وقال فى خلاصة الفتاوى أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع حتى اذا باع منا من حنطة بمن ونصف من يجوز ونقل فى الفتاوى الصغرى عن المعلى بن منصور عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام (و) يباع أيضا (باناء

أو حجر بعينه لم يدر قدره) لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره (ومن باع صبرة) وهي اسم الكوم من الحب (كل صاع) بالنصب بدل من صبرة أي باع كل صاع من صبرة (بدرهم صح) البيع (في صاع) واحد عند أبي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة الى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة وله أن المعلوم هو صاع واحد والباقي مجهول فان سمى جملة الصيعان أو كيلت الصبرة في المجلس صح البيع وثبت للمشتري الخيار أما قبل التسمية والكيل ففي صاع واحد وأما بعدهما ففي الكل وان علم ذلك بعد الافتراق فسد البيع (ولو باع ثلة) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم (أو) باع (ثوبا كل شاة) بدرهم (أو) كل (ذراع بدرهم فسد) البيع (في الكل) عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الكل والدليل مامر (ولو سمى الكل) بأن قال مائة شاة مثلا بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة (صح) البيع (في الكل) يعني في فصل الصبرة وفصل الشاة ونحوهما لزوال المانع (ولو نقص كيل) فيما اذا باع صبرة وسمى جملتها بأن قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة (أخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (أو فسخ) البيع لتفرق الصفقة عليه (وان زاد) الكيل فيما ذكرنا (فللبائع) أي فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا قدر المسمى فبقي على ملكه (ولو نقص ذراع) فيما اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا (أخذ) الموجود (بكل الثمن) ان شاء (أو ترك) والاصل فيه ان الذراع في المذروعات وصف والكيل في المكيلات أصل فلا ينقسم الثمن على الاوصاف الا عند التعيين على ما يجيء ان شاء الله تعالى غير أنه وجده ناقصا فيثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (فللمشتري) أي فهو للمشتري بذلك الثمن لما ذكرنا (ولا خيار للبائع) كما اذا شرط معيبا فوجده سليما (ولو قال) البائع (كل ذراع بكذا) بأن قال بعتكه على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا (ونقص) الذراع فيما ذكرنا (اخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (او ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (اخذ كله كل ذراع بكذا) أي بدرهم مثلا بمثل ما قال في الاول ان شاء (أو فسخ) البيع لان الذراع وان كان وصفا لكنه صار أصلا بالتعيين كما ذكرنا وثبوت الخيار لتفرق الصفقة عليه (وفسد بيع عشرة أذرع) من مائة ذراع (من دار) أو من حمام عند أبي حنيفة وقالا يجوز لان عشرة أذرع من مائة ذراع عشرها فأشبه السهم وبه قالت الثلاثة وله أن الذراع اسم لما يذرع به ويستعار لما يحل الذراع فيه وانه لا يكون الا معلوما فكانه باع ما هو معين وهو مجهول في نفسه فلم يصح بخلاف السهم لانه اسم للشائع غير المعين فافترقا (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم) من دار لما ذكرنا قال الشارح هذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار أو غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار قلت لا نسلم ذلك لان اسهم الدار معلومة فيعلم نسبة العشرة اليه ضرورة ولئن سلمنا فراده عشرة أسهم من مائة سهم ونحوه مثلا فافهم (وان

اشترى

اشترى) رجل (عدلا) بكسر العين أي حملا من الثياب (على انه عشرة أثواب) بعشرة دنانير ولم يبين ثمن كل ثوب (فنقص) العدل عن العشرة (أو زاد) عليها (فسد) البيع لجهالة المبيع في الزيادة وجهالة الثمن في النقصان (ولو بين) المشترى (ثمن كل ثوب) في المسئلة المذكورة (ونقص المسمى (صح) البيع (بقدره) أي بقدر الموجود لان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن أبي حنيفة أنه يفسد لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة (وخير) المشترى لفوات الوصف المرغوب (وان زاد) المسمى (فسد) البيع لانه تبقى الجهالة في المردود فيؤدى الى المنازعة (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) أي أخذ المشترى الثوب (بعشرة) دراهم (في) كونه وجد (عشرة اذرع (ونصف) ذراع (بلا خيار) له (و) يأخذه (بتسعة) دراهم (في) كونه وجد (تسعة) أذرع (ونصف) ذراع ولكن يأخذه ان شاء وهو معنى قوله (بخيار) وهذا كله عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يأخذه في الاول باحدى عشر وفي الثاني بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد يأخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف والخيار يثبت لئلا يتضرر ولابي يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شئ من الثمن ثم يخير لعدم تمام رضاه ولابي حنيفة ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه * هذا (فصل) في بيان ما يدخل في البيع من غير ذكر وما لا يدخل وغيره (يدخل البناء والمفاتيح) جمع مفتاح (في بيع الدار) لان العرف يطلق اسم الدار على العرصة والبناء والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح وفي الفتاوى الصغرى وفي المفتاح القياس ان لا يدخل وفي الاستحسان يدخل ثم قال والسلم اذا كان غير متصل لا يدخل وفي فتاوى الولوالجى اذا باع بيتا وعليه قفل لا يدخل القفل في البيع لان القفل لم يلحق بالباب ليدخل تحت البيع بخلاف المفتاح (و) يدخل (الشجر في بيع الارض) لانه متصل بها للقرار واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغيرة تنقل عن مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان لان نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع وفي الخلاصة والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن فاختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يدخل وأما الكراث ان كان ظاهرا فانه لا يدخل وان كان مغيبا فانه يدخل وشجرة الخلاف والغرب للمشترى وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرا وأصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الارض كالثمر والرطبة التي يقال لها سبست كالثمر وأما عروقها فتدخل في البيع وقوائم الخلاف تدخل في البيع وقوائم الباذنجان كذلك وفي فتاوى الولوالجى رجل اشترى كرما وفيه ورق التوت والورد لا يدخل في ذلك البيع لانه بمنزلة الثمر

وقوله (بلاذكر) يتعلق بقوله يدخل فى المسئلتين أى بلا ذكر هذه الاشياء فى البيع والاصل فى هذا الباب ان كل شئ متصل بالبيع اتصال قرار يدخل فى البيع تبعا والافلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لايدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره فى الكافى وهذا فى عرفهم وفى عرف أهل مصر ينبغى أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لاتدخل فى بيع الدار عند أبى حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع بغير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مرتفعة ولبس العرض لايدخل الا بالشرط وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف السرج واللجام والحبل المشدود على قرن البقر والجل لايدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والافلا (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) لان اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع الموضوع فى الدار ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل فى البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى وعند الثلاثة لو لم تكن الثمرة مؤبرة تدخل والافلا (ويقال للبائع اقطعهما) أى اقطع الزرع والثمرة (وسلم المبيع) أى الارض والشجر لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفى العادة أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع وبه قال أحمد ومالك ولنا أن التسليم واجب بحكم العقد بخلاف الاجارة لانها للانتفاع فيترك بأجر ألا ترى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفى الاجارة تدخل من غير شرط ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز فى الحالين فى الاصح فكذا لا يدخلان فى بيع الارض والشجر تبعا وأما اذا بذر فى الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار فى كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق (ومن باع ثمرة بدا) أى ظهر (صلاحها أولا) أى أو لم يبد (صح) البيع لانه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والاول أصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل فصار كالاطفال والجحش وعند الثلاثة لا يجوز قبل الادراك الا اذا شرط القطع (ويقطعها) أى الثمرة (المشترى فى الحال) تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط) المشترى (تركها) اى ترك الثمرة (على النخل فسد) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وكذا بيع الزرع بشرط الترك وكذا اذا تناهى عظمها عندهما وقال محمد لا يفسد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم

وعند الثلاثة لا يفسد البيع اذا شرط تركها على الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب الفضل للمشتري وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت ما بينهما وان كان تركها بعد تناهي عظمها لا يتصدق بشئ لان التغير في حال الثمرة لا في ذاتها فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل والاجارة باطلة لعدم التعارف فيبقى الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من أجرة المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر خاصة لان لهذه المسائل ثلاث صور احداها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق والثانية أن لا يخرج شئ منه فلا يجوز اتفاقا والثالثة أن يخرج بعضها دون بعض فلا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا للضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز (ولو استثنى منها) أي من الثمرة المبيعة سواء كانت مجدودة أو غير مجدودة (ارطالا معلومة صح) البيع لان المبيع معلوم بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة وبه قالت الثلاثة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز واليه ذهب الطحاوي لان الباقي بعد استثناء المعلوم مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة (كبيع بر) أي كما يصح بيع بر (في سنبله و) بيع (باقلا في قشره) لانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر فلا يجوز كبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج ولنا ما قلنا وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة فان قلت روى مسلم واحمد وغيرهما أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة قلت المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه البخاري ومسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك (واجرة الكيال على البائع) فيما اذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان هذه الاشياء من تمام التسليم وهو على البائع فكذا تمامه (واجرة نقد الثمن ووزنه) أي وزن الثمن (على المشتري) لان الوزن من تمام التسليم فيجب عليه وكذا يجب عليه تسليم الجيد فيكون أجرة

من غير ذلك عليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد وفي رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن وعن محمد ان أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين وفي الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في أجرة النقد قال بعضهم على البائع وقال بعضهم على المشترى ثم قال وبه أفتى ثم قال وذكر القدورى انها على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزيافة ثم قال واختار في الواقعات انها على المشترى وفي الخلاصة لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى وفي الخلاصة ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى ثم قال وهو المختار وفيه أيضا رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشترى (ومن باع سلعة بثمن سلمه) أى سلم الثمن (أولا) ليتعين حق البائع فيه وعند الشافعي وأحمد يسلم المبيع أولا (والا) أى وان لم يكن بيع سلعة بثمن بل كان بيع ثمن بثمن أو بيع سلعة بسلعة سلما (معا) لاستوائهما في التعيين وعدمه فلم يتعين تقديم أحدهما والله أعلم

* هذا (باب) في بيان أحكام (خيار الشرط) في البيع *

واعلم ان الخيارات ثلاثة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وهذا هو المذكور في المختصرات ولنا خياران آخران أحدهما خيار التعيين وسيجىء بيانه في الكتاب والآخر خيار الغرور والغبن قالوا في المغبون غبنا فاحشا له أن يردّه على بائعه بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الردّ رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بالردّ اذا قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الردّ بحكم انه غرّه وان لم يقل ذلك فليس له الردّ وقيل لا يرد كيفما كان والصحيح أن يفتى بأن الردّ ان غرّه والا فلا (صح) خيار الشرط (للمتبايعين) كليهما (او لاحدهما) أى لاحد المتبايعين (ثلاثة ايام او اقل) من ثلاثة أيام لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصارى وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام (ولو) شرطا (أكثر) من ثلاثة أيام (لا) يصح عند أبى حنيفة وبه قال زفر والشافعي ومالك لانه مخالف لمقتضى العقد ولكن جوّزنا في الثلاثة للحديث المذكور فبقى ماوراءه على ظاهر القياس وقالا تجوز الزيادة اذا ذكر مدّة معلومة وبه قال أحمد لانه شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن وقد لا يحصل ذلك في الثلاث فيكون مفوّضا اليهما (فان اجاز) من له الخيار العقد (في الثلاث) أى في ثلاثة أيام بعدما كان شرط أكثر منها (صح) ذلك وتم العقد وقال زفر والشافعي انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا قلنا انه اسقاط للمفسد قبل تقرّره فيجوز (ولو باع) شخص شيأ (على انه) أى المشترى (ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع) بينهما (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه بيع شرطت فيه الاقالة الفاسدة فالصحيحة مما تفسده فالفاسدة أولى وبه قالت الثلاثة ولنا أن ابن عمر رضى الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله عنهم (و) لو باع على انه ان لم ينقد الثمن (الى أربعة) أيام (لا) يصح البيع عند أبى حنيفة بناء على أصله وعن أبى يوسف

روايتان

روايتان والاصح أنه يوافق الامام وعند محمد يجوز ذلك بناء على أصله ولكن أبو يوسف أجاز في شرط الخيار عملا بالاثر وهو ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين وعمل في هذه المسئلة بالقياس (فان نقد) المشترى الثمن (في الثلاث) أى في ثلاثة أيام فيما اذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام (صح) البيع لانه اسقاط للمفسد قبل تقرره وقال زفر انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وبه قال الشافعي وقول الشارح هذا بالاجماع غير صحيح ثم هذه المسئلة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت أو بينا وقتا مجهولا بأن يقول على انه ان لم ينقده أياما أو بينا وقتا معلوما وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا أن ينقد في الثلاث لما قلنا وان بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) أى ملك البائع لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضى ولا يتم الرضا مع الخيار وفائدة هذا أنه اذا أعتق عبده المبيع بالخيار يعتق ويملك التصرف في المبيع دون المشترى وان قبضه باذن البائع وعن الشافعي أن المشترى يملكه بالعقد (وبقبض المشترى) المبيع الذى فيه خيار البائع اذا هلك في يده في مدة الخيار (يهلك بالقيمة) حتى يلزم المشترى قيمته يوم القبض ان كان من ذوات القيم والا فيجب ضمان مثله ان كان مثليا وعند الشافعي وأحمد يهلك بالثمن مطلقا ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب في يد المشترى فللبائع أن يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط حصته من الثمن (وخيار المشترى لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع (ولا يملكه) المشترى عند أبى حنيفة يعنى لا يدخل في ملكه وعندهما يدخل لانه لو لم يدخل لكان زائلا لا الى مالك ولا نظير له في الشرع وبه قالت الثلاثة وله أن الخيار شرع للتروى فلو دخل في ملكه يلزم اجتماع البدلين في ملك واحد لان الثمن لم يخرج عن ملكه ولا نظير لهذا اما المملوك بلا مالك فله نظير كالعبد المشترى لخدمة الكعبة شرفها الله تعالى من بيت المال وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة (وبقبضه) أى وبسبب قبض المشترى المبيع الذى فيه خياره اذا هلك في يده (يهلك بالثمن) يعنى يلزمه الثمن لانه لما قرب الى الهلاك عجز عن رده فلزم البيع فعليه ثمنه وعند الشافعي في قول لزمته القيمة لانه عجز عن الرد قبل تمام الملك (كتعيبه) أى كما يلزمه الثمن اذا دخله عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فاذا ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه وعن الشافعي أيضا يلزمه القيمة في التعيب أيضا ثم ذكر مسئلة من المسائل التى تبتنى على الاصل المذكور آنفا بالفاء بقوله (فلو اشترى زوجته) بأن كانت أمة لرجل (بالخيار بقى النكاح) لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع في ملكه (فان وطئها) أى الامة المذكورة (فله ان يردها) لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تعيبت به وليس له أن يردها عليه بعد ما تعيبت عنده وهذا عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكه اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وقد ذكرنا في كتابنا

المستجمع فى شرح المجمع عشر مسائل مفرعة على الاصل المذكور وجمعناها بقولنا اسحق عزلك نخم * الالف من الامة اذا اشتراها بشرط الخيار وكانت زوجته وهى التى ذكرها الشيخ السين من الاستبراء اذا اشتراها وحاضت فى مدة الخيار لم تحتسب من الاستبراء عنده خلافا لهما الحاء من المحرم اذا اشترى عبدا أو جارية وكانت ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه وخياره باق عنده خلافا لهما القاف من القربان اذا اشتراها وقربها بعد الشراء وهى ثيب لم يصر قابضا فلا يسقط الخيار خلافا لهما العين من الوديعة اذا اشترى شيأ ثم اودعه عند البائع فهلك فى يد البائع فى مدة الخيار فهو من مال البائع عنده خلافا لهما الزاى من الزوجة اذا اشترى زوجته فولدت فى مدة الخيار لم تصر أم ولده عنده خلافا لهما الكاف من الكسب اذا اشترى عبدا فكسب عنده فى مدة الخيار فالكسب للبائع اذا فسخ البيع عنده خلافا لهما الفاء من الفسخ اذا اشترى جارية بالخيار ثم فسخ البيع لم يجب الاستبراء على البائع عنده خلافا لهما الخاء من الخمر اذا اشترى ذمى من ذمى آخر خمرا فأسلم أحدهما فهو للبائع عنده خلافا لهما الميم من المأذون اذا اشترى العبد المأذون له شيأ بالخيار ثم أبرأه البائع عن الثمن فى المدة يكون خياره باقيا فان أجاز البيع فالمبيع له بغير ثمن وان فسخ عاد الى البائع بغير ثمن وعندهما بطل خياره وذكر الشارح مسائل أخرى منها اذا حلف بعتق عبد بأن قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير فى المدة فسد البيع عنده خلافا لهما ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى فلو كان الخيار للبائع ينتقض فى قولهم جميعا ومنها لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده خلافا لهما (ولو اجاز) البيع (من له الخيار بغيبة صاحبه) وهو البائع ان كان الخيار للمشترى والمشترى ان كان الخيار للبائع (صح) ما اجازه لانه اسقاط حق فلا يعتبر حضور من عليه الحق كالطلاق والعتاق (ولو فسخ) البيع من له الخيار بغيبة صاحبه (لا) يصح عندهما وعند أبى يوسف يصح أيضا لانه سلطه على فسخه حيث خيره وبه قالت الثلاثة ولهما أنه تصرف على صاحبه بادخال الثمن أو المبيع فى ملكه من غير علمه فلا يجوز كما فى عزل الوكيل فان علم جاز والا فتم البيع ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخى أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفى خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء (وتم العقد بموته) أى بموت من له الخيار ولا ينتقل الى الورثة وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم له فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا أن الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت أهلية التأمل له بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره (و) تم أيضا مع (مضى المدة) أى مدة الخيار لان عدم النفاذ كان لتمكنه من الفسخ فى المدة فاذا مضت ارتفع المانع فتم العقد (و) تم أيضا مع (الاعتاق) بأن أعتق العبد لانه دليل الاستبقاء لانه يعتمد الملك (و) كذا يتم مع

(توابعه)

(توابعه) أى مع توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا فى الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا فى الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيأ من هذه الاشياء انفسخ البيع ولو كان الفعل يحل فى غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء (و) كذا يتم مع (الاخذ بشفعة) وصورته ان يشترى دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشترى بشرط الخيار بالشفعة تم البيع لان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة (ولو شرط المشترى الخيار لغيره) أى لغير العاقد (صح) الشرط عندنا وقال زفر لا يجوز لانه من أحكام العقد فيختص بالعاقد وبه قال الشافعى فى قول ولنا أن تصرفات العاقل تصان عن اللغو منهما أمكن وقد أمكن أن يجعل لغيره نيابة عن نفسه بطريق الاقتضاء فيثبت له أولا ثم ينوب به الغير فيه (واى) من كان من المشترى وممن شرط له الخيار (اجاز) البيع (أو نقض) البيع (صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة أو نيابة (فان اجاز) البيع (احدهما) أى أحد الاثنين وهما من شرط الخيار من المتعاقدين والغير وهو الاجنبى (ونقض) البيع (الآخر فالاسبق) منهما (أحق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو (فان كانا) أى اللفظان المذكوران وهما الاجازة والفسخ (معا) أى مجتمعين بأن أجاز أحدهما وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) أحق من الاجازة من أيهما كان وهو رواية عن أبى يوسف وعن محمد تصرف العاقد أولى لقوته (ولو باع) شخص (عبدين على انه بالخيار فى احدهما) أى فى أحد العبدين (ان فصل) ثمن كل واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للبيع وان يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) أى وان لم يفصل الثمن ولم يعين الذى فيه الخيار (لا) يصح البيع للجهالة وكذا لو عين الثمن ولم يبين الآخر أو بالعكس لا يصح اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع فهذه أربعة أنواع ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أولا لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى (وصح خيار التعيين) للمشترى بأن يبيع أحد العبدين أو أحد الثوبين على أن يأخذ المشترى أيهما شاء بتعيينه أو يبيع أحد الاعبد الثلاثة أو أحد الاثواب الثلاثة على أن يأخذ المشترى واحدا منها بتعيينه ولا يجوز ذلك فى الاربعة من العبيد أو الثياب أو نحوهما فلذلك قيد بقوله (فيما دون الاربعة) وهى الثلاثة أو الاثنان كما قلنا وهذا فى معنى خيار الشرط والجهالة التى فيه لا تفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن الحاجة تندفع بالثلاثة والاثنين لوجود الجيد والوسط والردىء فلا حاجة الى الاربعة حتى لو باع أحد الاثواب الاربعة على أن يأخذ واحدا منها لا يجوز وهو القياس أيضا فيما دون الاربعة ولكن جوزنا فيما دون الاربعة لما ذكرنا وقال زفر والشافعى لا يجوز فى الكل لجهالة المبيع ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو

الصحيح وقيل لايشترط وهو المذكور في الجامع الكبير قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يرد الا أحدهما وعلى قول الكرخي له أن لا يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وان شرطا خيار الشرط مع خيار التعيين جاز فان ردهما بخيار الشرط في المدة أو ردّ أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يمكن ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا ردّ أحدهما ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا وذكر في المجرد أنه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع واذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل أحدهما مبيعا أو أمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقا أو مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط (ولو اشتريا) أي ولو اشترى اثنان (على انهما بالخيار فرضي احدهما) بالبيع بأن أسقط خياره (لا يرده الآخر) عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده لانه لو لم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وبه قالت الثلاثة وله ان ردّ أحدهما دون الآخر يوجب عيبا في المبيع لم يكن عند البائع أعني عيب الشركة وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب (ولو اشترى) رجل (عبدا على أنه) أي على أن العبد (خبازا أو كاتب فكان) أي العبد (بخلافه) أي بخلاف ما ذكره بأن كان غير خباز أو غير كاتب (أخذه بكل الثمن) المسمى ان شاء (أو ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل أو تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا وكذا صاعا أو يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه أن يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن هذا المقدار فله الخيار وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة أو نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (خيار الرؤية)

(شراء ما لم يره جائز) وقال الشافعي لا يجوز لجهالة المبيع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه رواه الدارقطني وعند مالك وأحمد يصح بيعه بالصفة ويثبت

له الخيار اذا لم يكن بهذه الصفة وهو قول الشافعي في القديم فان قلت في اسناد هذا الحديث
عمر بن ابراهيم الكردي قال الدارقطني يضع الحديث وانما هو موقوف على ابن سيرين قلت رواه
النعمان بن بشير عن النبي صلى الله عليه وسلم واحتج به الطحاوي ورواه محمد في كتاب المزارعة
عن مجاهد وطريق الطعن فيه من حيث الارسال والمرسل حجة عندنا فان قلت روى أن حكيم
ابن حزام قال يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن بيع ماليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه
من السوق فقال لا تبع ماليس عندك رواه البخاري وأبو داود قلت كان حكيم يبيع مالا يملكه
ثم يدخل في السوق فيشتريه ويسلم فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه لا تبع ماليس عندك في
ملكك (وله) أي للمشتري (أن يرده) أي أن يرد الشيء الذي اشتراه ولم يره (اذا رآه) لما رويناه
وقوله (وان رضي) واصل بما قبله يعني له الخيار اذا رآه وان كان رضي (قبله) أي قبل أن يراه لان
الخيار معلق بالرؤية على ما روينا (ولا خيار لمن باع مالم يره) وهو قول أبي حنيفة آخرا لان عثمان
ابن عفان رضي الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك
غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك غبنت فقال لي الخيار
لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم وكان قوله الاول ان له الخيار ثم رجع وقال الشافعي لا يجوز بيع مالم يره أصلا
قولا واحدا (ويبطل) خيار الرؤية (بما يبطل به خيار الشرط) من التصريح والدلالة ومراده
بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على
مانبين وقيل اذا رآه وتمكن من الفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم توجد منه الاجازة صريحا
ولا دلالة والصحيح أنه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقطه بالقول
أو بفعل يدل على الرضا به أو التعييب أو تصرف لا يمكن دفعه كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا
للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه
التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير
كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية يبطله بعدها وكذا
اذا قبضه بعدها بطل خياره لانه يدل على الرضا ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو
كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية ولو اشترى أرضا فأذن للاكرة ان يزرعها قبل الرؤية
فزرعها بطل لان فعله بأمره كفعله (وكفت رؤية وجه الصبرة و) وجه (الرقيق و) وجه (الدابة
وكفلها و) رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطويا و) كفت أيضا رؤية (داخل الدار) لان
رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع وانما ذكر الكفل في الدابة لانه
اذا رأى وجهها فقط لا يسقط خياره لان المؤخر موضع مقصود فيها بخلاف الرقيق وهو قول
أبي يوسف وقال محمد لا خيار له لان الاصل في الحيوان الوجه فيكتفي برؤيته كالعبد وفي الثوب
المطوي خلاف زفر هو يقول لا بد من نشره كله قلنا قلما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن
الاستدلال بالبعض على البعض الا أن يكون في باطن الثوب ما يقصد بالنظر كموضع العلم ووجه
العمامة ونحوه فحينئذ لا يسقط خياره بدون النشر وجعل الشيخ رؤية داخل الدار كرؤية كلها
وعامة الروايات اذا رأى صحن الدار يسقط خياره وقال زفر لا بد من رؤية داخل البيوت وهو

قوله الا ... كذا في النسخ والذي في الزيلعي الا ... وهو مناسب لما بعده اه

الاصح لان مرافقها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله وما ذكره الشيخ مبنى على عادة أهل الكوفة فان فى ذلك الزمان دورهم كانت على تقطيع واحد وأما اليوم فبخلافه فلا يكتفى به (ونظر وكيله) أى وكيل المشترى (بالقبض) أى بقبض المبيع الذى اشتراه ولم يره (كنظره) أى كنظر المشترى الموكل عند أبى حنيفة لان تمام القبض بالرؤية وقد وجدت وقالا لا بد من نظره هو لان الوكيل مأمور بالقبض دون الرؤية وبه قالت الثلاثة (لا) يكون (نظر رسوله) كنظره بالاتفاق لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا فى الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول فى الوكيل كن وكيلى فى القبض وفى الارسال كن رسولى فيه أو أمرتك بقبضه ونظر التوكيل بالشراء كنظره بلا خلاف (وصح عقد الاعمى) لانه مكلف محتاج خلافا للشافعى فى قول (ويسقط خياره) أى خيار الاعمى (اذا اشترى بجس المبيع) اذا كان مما يعرف بالجس اذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل الجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح (و) كذا اذا اشترى بجاسة (ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق (و) كذا اذا اشترى بجاسة (شمه) ان كان مما يعرف بالشم كما فى البصير (و) يسقط خياره (فى العقار) الذى اشتراه (بوصفه) أى بوصف العقار له لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن أبى يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه منه وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبى حنيفة وقال بعض أئمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى) الثوب (الآخر له ردهما) أى رد الثوبين ان شاء لان رؤية أحدهما لا تغنى عن رؤية الآخر للتفاوت فبقى خياره فيما لم يره وليس له أن يرد وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة (ولا يورث) خيار الرؤية (كخيار الشرط) لان الخيار وصف فلا يجرى فيه الارث (ومن اشترى ما رأى) قبل الشراء (خير ان تغير) الشئ الذى اشتراه عن الصفة التى رآه عليها قبل ذلك لان العقد وقع على مجهول الوصف (والا) أى وان لم يتغير عن الصفة التى رآه عليها (لا) يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضى به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه (وان اختلفا فى التغير فالقول للبائع) أى مع يمينه لان الاصل ابقاء ما كان على ما كان الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان (و) القول (للمشترى لو) اختلفا (فى الرؤية) لانه أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول له مع يمينه (ولو اشترى عدلا) من القماش (وباع منه ثوبا أو وهب) ثوبا منه ثم وجد به عيبا (رده بعيب لا) يرده (بخيار رؤية أو) خيار (شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقى بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام وفى خيار العيب يملك التفريق بعد القبض فان عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق

الصفقة وعن أبى يوسف أنه لا يعود وعليه اعتمد القدورى

هذا (باب) فى بيان أحكام (خيار العيب)

هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة (من وجد بالمبيع عيبا) ينقص به الثمن وكان عند البائع وقبضه من غير أن يعلم به ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب فهو مخير ان شاء (اخذه) أى المبيع المعيب (بكل الثمن او ردّه) على البائع لانّ مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فعند فواتها يتخير ولا ينقص من الثمن شيأ لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ أو حدث عند المشترى عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع على ما يجئ ان شاء الله تعالى (وما) أى كل شئ (اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لان الضرر اللاحق بسبب العيب هو النقصان فى المالية فيرجع فيه الى أهله ثم شرع فى عد بعض العيوب التى توجب النقصان فى المالية عند التجار بقوله (كالاباق) وهو هروب العبد والجارية (والبول فى الفراش والسرقة) لانها توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجدت هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاوّل لانّ البول قبله لضعف فى المثانة وبعده لداء فى البطن والاباق قبله لحب اللعب والسرقة قبله لقلة المبالاة وبعده يكونان لخبث فى الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى بعده ليس له أن يردّه لزوال الاوّل بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى أيضا قبله يردّه به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ ثم عند المشترى أيضا بعده يردّه والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه ليس بعيب وان سرق منه طعاما للبيع فهو عيب ولو سرق شيأ يسيرا نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ شيأ والآبق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق وان لم يخرج اختلف فيه والاشبه ان يقال ان كان البلد كبيرا مثل القاهرة يكون عيبا وان كان صغيرا بحيث لا يخفى على أهلها لا يكون عيبا وحاصل الجواب فيها ما قال فى التحفة انّ هذه الاشياء فى الصغير الذى لا يعقل ولا يأكل وحده لا يكون عيبا فاذا كان صبيا عاقلا يكون عيبا ولكن عند اتحاد الحالة يثبت حق الردّ لا عند الاختلاف بأن يثبت انه أبق عند البائع ثم أبق عند المشترى كلاهما فى حالة الصغر أو كلاهما فى حالة الكبر لان سبب وجود هذه الاشياء فى حالة الصغر عيب وهو قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة وفى حالة الكبر يكون السبب سوء اختياره وداء فى الباطن فاذا اتفق الحالان علم أنّ السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البائع فأمّا اذا اختلفا فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشترى فلا يكون له حق الردّ كالعبد اذا حم عند البائع ثم حم عند المشترى فان كان هذا الثانى غير ذلك النوع لا يثبت حق الردّ وان كان من نوعه يثبت حق الردّ فافهم (والجنون) لانه فساد فى الباطن وهو لا يختلف باختلاف السنين حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر يردّه ومقداره

أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقيل المطبق عيب وما دونه لا وفي الجامع الصغير واذا جنت وهي صغيرة فهذا عيب أبدا وقال صاحب التحفة الجنون اذا ثبت وجوده عند البائع هل يشترط أن يوجد ثانيا عند المشتري ليس فيه رواية ثم قال اختلف المشايخ قال بعضهم قالوا لا يشترط لان محمدا قال الجنون عيب لازم أبدا فلا يشترط وجوده ثانيا عند المشتري بخلاف السرقة والاباق والبول في الفراش فانه ما لم يوجد عند المشتري لا يثبت حق الرد وقال بعضهم لا يكون له حق الرد ما لم يوجد ثانيا عند المشتري كما في الاباق ونظائره الا أن الفرق أن في الجنون لا يشترط اتحاد الحالة فان جن عند البائع وهو صغير عاقل ثم جن عند المشتري بعد البلوغ فانه يثبت حق الرد وفي الاباق ونظائره لا يثبت حق الرد الا عند اتحاد الحالة وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وحكى عن الشيخ أبي بكر الاسكاف البلخي أن الجنون أيضا بمنزلة البول في الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن للمشتري أن يرد بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر وانما يثبت له حق الرد اذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر أيضا (والبخر) بفتحتين وهو نتن الفم (والدفر) بفتح الدال والفاء وسكونها أيضا نتن الابط وفي الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامرأة دفرى وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة الرائحة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر (والزنا وولده) أي ولد الزنا هذه الاربعة تكون عيبا (في الامة) دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد والمقصود من الغلام الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به الا أن يكون البخر والدفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له بأن يتكرر منه أكثر من مرتين وفي الاجناس في البيوع اما الدفر ليس بعيب في واحد منهما والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه وفي الغاية وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيبا والاصح أن الامرد وغيره سواء كذا في خلاصة الفتاوى والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روى عن محمد في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشتري أن يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وعند الشافعي الزنا في الغلام عيب كالسرقة وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبدا فوجده زانيا لا يكون عيبا لان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيبا ألا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده عنينا فله أن يرده وذكر أبو يوسف في الامالي والحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه قال اذا اشترى عبدا على انه خصي فاذا هو فحل لزمه ذلك وأما اذا اشتراه على انه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه ذلك وفي الايضاح اذا كان العبد مدمنا للزنا ينقطع به عن خدمة المولى يكون عيبا (والكفر) في الغلام والجارية ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال للعيب وقال الشافعي يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب للمسلم (وعدم الحيض) لانه يدل على داء والمعتبر في انقطاعه أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن أبي يوسف ترد بلا يمين البائع ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف وأربعة أشهر وعشر

عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادّعى انقطاعه سأل القاضي البائع فان أقر بما ادعاه ردّه عليه وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة وان أقر بقيامه في الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل ردّ عليه وان أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان عند البائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه بخلاف ما اذا شهدوا أنها مستحاضة لان درور الدم يطلع عليه وفي فتاوى الفضلي الرجوع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء ويشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة وفي الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدّع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النساء فان قلن هي حبلى يحلف البائع أنّ ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء يريها الاثنين من الاطباء من المسلمين فان ثبت العيب يحلف البائع كما تقدّم وان لم يثبت لا يحلف وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وان كان العيب خفيا لا يطلع عليه الا الاطباء يثبت بقول عدل منهم وكذلك اذا كان لا يطلع عليه الا النساء يثبت بقول واحدة منهنّ موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط (والاستحاضة) وهو استمرار الدم وهو علامة الداء (والسعال القديم) لانّ دوامه يدل على الداء (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به وتتقدم الغرماء على المولى (والشعر) في العين (والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى وفي التحفة العيوب على نوعين أحدهما ما يوجب فوات جزء من المبيع وتغييره من حيث الظاهر دون الباطن والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة أما الاول فكثير نحو العمى والعور والصمم والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسنّ الساقطة والظفر الاسود والخدش والكلم والقروح والشجاج وأثر الجراح والامراض كلها التي في سائر البدن والحميات وأما الثاني فنحو السعال القديم وارتفاع الحيض في زمان طويل أدناه شهران فصاعدا في الجواري ومنها صهوبة الشعر والشيب والشمط في العبيد والجواري والحبل في الجارية لا في البهائم والنكاح في الجارية والغلام عيب وفي العيون قال هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول لو أنّ رجلا اشترى عبدا قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختن العبد ولم تخفض الجارية قال ان كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب وان كان صغيرا فليس بعيب وفي الايضاح وحذف الحروف في المصحف أو في بعضه عيب لانه يوجب نقصان الثمن (فلو حدث) عيب (آخر عند المشتري) بعد اطلاعه على عيب كان عند البائع (رجع بنقصانه) لانه تعذر الردّ بسبب العيب في الحادث وطريق معرفته أن يقوّم وبه هذا العيب ثم يقوّم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يردّ المشتري المبيع مع نقصان العيب الذي حدث عنده (أو ردّ) المشتري المبيع الذي حدث فيه عيب آخر (برضا بائعه) لانه رضي بالتزام الضرر وبدون رضاه لا يردّ لدفع الضرر عنه وقال مالك وأحمد في رواية له أن يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لقيام المجوّز للردّ وهو الاطلاع

على العيب (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به) أى بالثوب (عيبا) بعد قطعه (رجع بالعيب) أى بنقصان العيب لتعذر الرد بالقطع بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد أمعاءه فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة لان النحر افساد للمالية كما اذا كان عبدا فقتله (فان قبله) أى فان قبل الثوب المذكور (البائع كذلك) أى بقطعه (له) أى للبائع (ذلك) أى القبول لان الامتناع لحقه وقد رضى به (وان باعه) أى الثوب المذكور (المشترى لم يرجع) على البائع (بشئ) لانه صار حابساله بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثيرله (فلو قطعه) أى فلو قطع المشترى الثوب (وخاطه او صبغه) بأى صبغ كان (أولت) أى أوخلط المشترى (السويق بسمن فاطلع على عيب) فى الثوب أو السويق بعد هذه الاشياء (رجع) على البائع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة كالسمن والجمال حيث لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية وهى نوعان متولدة من الأصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرناهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد وغير متولدة منه كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشترى مجانا (كما) يرجع بالنقصان (لو باعه) أى الثوب بعد القطع والخياطة والصبغ والسويق بعد اللت بالسمن وكل ذلك (بعد رؤية العيب) لتعذر الرد ولا تأثير للبيع لامتناع الرد قبله فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة (أومات العبد) بعد اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حقيقة (أوأعتقه) أى العبد قبل اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حكما وكذلك لو دبره أو استولد الجارية والمراد من الاعتاق أن يوجد منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به لا يرجع بالنقصان لان أقدامه عليه دلالة الرضا والقياس أن لا يرجع به وان كان قبل العلم به وهو قول الشافعى كالقتل (ولو) أعتقه (على مال) لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وعن أبى حنيفة أنه يرجع والكتابة مثل الاعتاق على مال (أوقتله) أى أوقتل العبد بعد اطلاعه على عيب فكذلك لم يرجع لان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وعن أبى يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتله لا يتعلق به حكم بخلاف امتناع الرد بفعله فى نحو صبغ الثوب لان هنالك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع والعين قائم على حاله (أوكان) المبيع (طعاما فأكله) بعد اطلاعه على العيب فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة للتعذر وقالا يرجع بالنقصان كالموت وبه قالت الثلاثة (أو) كان المبيع طعاما فأكل (بعضه) فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة ولا يرد ما بقى منه وقالا يرجع بالنقصان فيما أكل ثم قال أبو يوسف يرد ما بقى ان رضى البائع لان استحقاق الرد فى البعض دون الكل فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد الباقى مطلقا لان رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما أكله لتعذر رده وقوله (لم يرجع) المشترى على البائع (بشئ) جواب المسائل الاربعة (ولو اشترى) شخص (بيضا وقثاء أوجوزا) أولوزا أوفستقا أوبندقا ونحو ذلك (ووجده فاسدا ينتفع به) بأن كان القثاء فيه لب يأكله بعض الفقراء ويصلح

للعلف أو كان بعض لب الجوز ونحوه يؤكل وأما البيض فلا يتصور فيه ذلك لان قشره لاقيمة له الا في بيض النعامة فان المطلوب فيه قشره ففي مثل هذا (رجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع وقال الشافعي اذا كسر مقدار ما لا بد له منه للعلم بالعيب يردّه لان البائع سلطه عليه قلنا رضى بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما (والا) أى وان لم ينتفع به بأن وجد البيض مذرة والقثاء مرّة والجوز ونحوه خاليا أو منتنا يرجع (بكل الثمن) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا وهذا يستقيم كما ذكرنا في البيض لانه لاقيمة لقشره الا بيض النعامة لان ماليته باعتبار القشر وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم وقيل يردّ القشر ويرجع بكل الثمن هذا اذا ذاقه وتركه فان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ وهذا أيضا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يردّه ولا يرجع بالنقصان وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل البيع باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول أصح وفي فتاوى الولوالجي لو اشترى القرعة فوجدها مرّة بعد الكسر له أن يرجع بجميع الثمن قليلا كان أو كثيرا لانه لاقيمة لها بعد الكسر (ولو باع) المشتري (المبيع) الذي اشتراه (فردّ) المشتري منه (عليه) أي على المشتري الاول (بعيب) أى بسبب عيب (بقضاء) القاضي (ردّه) أى ردّ المشتري الاول المبيع المعيب (على بائعه) لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه (ولو) كان الردّ (برضا) أى بالتراضي من غير قضاء القاضي (لا) يردّه على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يردّ للتيقن به عند البائع الاول والاصح أنه لا يردّ عليه في الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يردّه على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع غير العقار قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول وعند محمد فسخ وعند ابي يوسف بيع في حق الكل ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضي ببينة أو باقرار أو بنكول وقال محمد لا يردّ على بائعه ان ردّ عليه ببينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فيبطل اقراره وقال زفر لا يردّه على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو نكول (ولو قبض المشتري المبيع وادّعى عيبا) فيه (لم يجبر) المشتري (على دفع الثمن) الى البائع لاحتمال أن يكون صادقا في دعواه (ولكن) المشتري (يبرهن) أي يقيم البينة لاثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده أي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يردّه بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال انه زال فاذا برهن أنه وجد عنده يحتاج أن يبرهن أيضا ان هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت انه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع

(أو يحلف بائعه) اذا لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عنده وقيامه فى الحال على قولهما لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما واختلفوا على قول أبى حنيفة فقيل يحلف وقيل لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما فى الحدود والاشياء الستة (فان قال) المشترى (شهودى بالشأم دفع) الثمن (ان حلف بائعه) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه على حجته متى أقامها رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها (فان ادعى) المشترى (اباقا) أى اباق العبد الذى اشتراه فانكر البائع وأراد المشترى تحليفه (لم يحلف بائعه) أى بائع العبد (حتى يبرهن) أى يقيم البينة (المشترى أنه) أى ان العبد (أبق عنده) أى عند نفسه (فان برهن) أى المشترى أى أقام بينة (حلف) البائع حينئذ لان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشترى ان العيب وجد فيه عند المشترى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف وقد مر آنفا ثم كيفية التحليف أن يحلف (بالله ما أبق عندك قط) والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب ولو كانت الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغير يزول بالبلوغ ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب هذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف أهى حادثة عند المشترى أم لا وأما العيوب التى لا يحدث مثلها عند المشترى كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشترى به وأثبته بطريقه. فالحاصل ان العيوب أنواع الاول أن يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ماذكرنا والثانى ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقولهم فيقبل فى قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لابد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا يعرفها الا النساء كالرتق والعفل فيقبل فى قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضى ولا يختص بمعرفتها الا الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمه ماذكرناه (والقول فى قدر المقبوض) من المبيع (للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشترى جارية بعيب أو عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشترى بعتنيه وحده فالقول قول المشترى كما ذكرنا (ولو اشترى) شخص (عبدين صفقة) يعنى فى عقد واحد (فقبض أحدهما) أى أحد العبدين (ووجد بأحدهما عيبا) فهو مخير ان شاء (أخذهما) أى العبدين جميعا (أو ردهما) جميعا وليس له أن يرد المعيب وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان

الصفقة فيه تمت لتناهيها فى حقه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا ردّ المعيب وحده خلافا لزفر فعنده ليس له أن يردّه وحده لانّ فيه تفريق الصفقة قلنا انه تفريق الصفقة بعد التمام فلا يمنع من الرد وحده (ولو وجد) المشترى (ببعض الكيلى) مثل البر والشعير (أو الوزنى) مثل الزيت ونحوه (عيبا ردّ كله أو أخذه) أى أو أخذ كله بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين ولا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو فى وعائين وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يردّ الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) أى بعض الكيلى أو بعض الوزنى (لم يخير) المشترى (فى ردّ مابقى) لانّ الشركة فيه لا تعدّ عيبا لانّ التبعيض لا يضرهما (ولو) كان الذى استحق بعضه (ثوبا خير) المشترى فى ردّ مابقى لان التبعيض فيه عيب هذا اذا كان بعد القبض أمّا اذا استحق بعض الكيلى أو الوزنى قبل القبض فله ان يردّ مابقى لتفرق الصفقة على المشترى قبل التمام (واللبس) أى لبس الثوب بعد اطلاعه على العيب (والركوب) أى ركوب الدابة بعده (والمداواة) أى التداوى بالمبيع بعد اطلاعه على العيب او مداواة المبيع بأن كان عبدا فسقاه دواء (رضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فانّ اللبس ونحوه ليس فيه دليل اختياره الملك فيه (لا) يكون (الركوب للسقى) اى لسقى الدابة من الحوض أو النهر ونحوهما (اوللردّ) أى أو لاجل ردّها على صاحبها (أو لشراء العلف) لها رضا بالعيب استحسانا للاحتياج اليه وقيل تاويله اذا لم يكن له من الركوب بدّ بان كان العلف فى عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للردّ لا يكون رضا كيفما كان ولغيره يكون رضا الاعن ضرورة وفى الخلاصة لو حمل علف دابة أخرى ركبها أو لم يركبها فهو رضا (ولو قطع) يد العبد المشترى (المقبوض) بيد المشترى (بسبب) كان (عند البائع) ولم يعلم المشترى ذلك (ردّه) المشترى عند أبى حنيفة على البائع (واستردّ الثمن) منه وعندهما ليس له أن يردّه لحدوث العيب عنده وهو القطع فيرجع بالنقصان وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وله انّ سبب الوجوب وجد عند البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الردّ بجناية وجدت فى يد الغاصب وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد فى يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردّة ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق عنده ولو سرق عند البائع ثم عند المشترى فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما وعنده لا يردّه بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لانّ اليد قطعت بهما فيرجع بقدر مافات بسبب كان فى يد البائع وان رضى البائع باخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع ولو تداولته الايدى فقطع عند الاخر أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبى حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه (ولو برئ) البائع (من كل عيب) بأن باع عبدا واشترط أنه برئ من كل عيب فيه (صح) البيع عندنا بهذا الشرط (وان لم يسم الكل) أى جميع العيوب وقال الشافعى لا يصح الا أن يعدّد العيوب كلها

وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان لان الابراء عن الحقوق المجهولة لايصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولايصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لايصح كبيعه وبه قال أحمد ونحن نقول هذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة فلاتمنع الصحة وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها ثم قال أبو يوسف يدخل في الابراء الموجود من العيب والحادث منه قبل القبض لان غرض البائع الزام المشتري بالعقد ولايتم اللزوم الا بأن يعم الحادث والموجود وقال محمد لايدخل الحادث لان البراءة انما تكون عما هو ثابت فتختص بالموجود وبه قال مالك ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة (ولا يرد) المشتري بعد ذلك (بعيب) أصلا سواء كان موجودا أو حادثا قبل القبض خلافا لمحمد كما ذكرناه وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء فان تبرأ من كل داء كان على المرض ولايدخل فيه الكي والاصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ وعن أبي حنيفة الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك وفيها أيضا رجل باع عبدا أو جارية وقال انا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فانه لايبرأ عن العيوب لان الداء يدخل في العيوب أما العيب فلا يدخل في الداء وفيها أيضا لو قال لمشتري الجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لايبرأ وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لان البراءة عن عيب اليد والعين تكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما والله تعالى أعلم

(هذا باب) في بيان أحكام (البيع الفاسد)

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه كبيع ثوب وعبد بأحد النقدين ونحوهما ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا كبيع الخمر والخنزير والحر والميتة والدم وفاسد وهي مشروع بأصله دون وصفه كبيع ثوب بخمر والبيع بشرط لا يقتضيه العقد وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض والفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد وان لم يبق صالحا الشيء يقال بطل وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير (لم يجز بيع الميتة و) بيع (الدم و) بيع (الخنزير و) بيع (الخمر و) بيع (الحر و) بيع (أم الولد و) بيع (المدبر) المطلق خلافا للشافعي ومالك وأحمد والمقيد يجوز بيعه اجماعا (و) بيع (المكاتب) سواء رضي أم لا وفي رواية ان رضي يجوز وهو الاظهر وانما لم يجز بيع هذه الاشياء لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وهذه البيوع كلها باطلة وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها وكذا البيع بالبول باطل لا اعتبار له وكذا بيع المحرم الصيد لان صيد البر حرام عليه كالميتة فيكون بيعه باطلا (فلو هلكوا) أي الحر وأم الولد والمدبر والمكاتب (عند المشتري لم يضمن) شيأ لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن في المدبر وأم الولد لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول

هو قول أبي حنيفة والثاني قولهما وفي الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك بالقبض وجعل صاحب الهداية وغيره بيع هؤلاء من الباطل والصواب ما قاله صاحب الايضاح لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما قاله صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله * ثم اعلم ان قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد وذكر الشيخ الامام القاضي علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وذكر خواهرزاده في شرح كتاب الدعوى في قيمة المدبر اختلاف المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى الفقيه أبي الليث وبه يفتي وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن وما قاله خواهرزاده هو الاصح وعليه الفتوى (و) لم يجز أيضا بيع (السمك قبل الصيد) أي قبل الاصطياد لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود ثم هو على نوعين اما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فالاول لا يجوز لما قلنا والثاني ان ألقاه في الحظيرة وكانت كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز أيضا وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ما يملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته في الماء فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بحيلة أو بغيرها (و) لم يجز أيضا بيع (الطير في الهواء) لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم هذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا من قبل أخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكن أخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لانه لا يملكه ولهذا لو باض فيها صيد أو تكنس ظبي يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالاشجار وهذا اذا لم يهيء أرضه لذلك فان هيأها بان حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيها صيد أو تعلق به ملكه ألا ترى أنه لو وضع طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله للنثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه (و) لم يجز أيضا بيع (الحمل) وهو ما كان في البطن (و) لا بيع (النتاج) وهو ما يحمله هذا الحمل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه أحمد والترمذي وابن ماجه (و) لم يجز أيضا بيع (اللبن في الضرع) لما روينا ويجوز عند مالك اذا كان أياما معلومة لو عرف قدر حلابها (و) لم يجز أيضا بيع (اللؤلؤ في الصدف) لأن فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول ولا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولأنه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا

قوله ولم يجز ايضا بيع اللؤلؤ في الصدف هذا المتن وشرحه ساقط من خط المؤلف نص عليه الشيخ الشهداوي وهي من الزيلعي اه من بعض الهوامش

هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض (و) لم يجز أيضا بيع (الصوف على ظهر الغنم) لما روينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر الغنم أو لبن فى ضرع أو سمن فى لبن رواه الدارقطنى وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم فى الحال وبه قال مالك وفى الفتاوى الصغرى بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لانه ينمو من أسفله أما بيع قوائم الخلاف فالقياس أن لا يجوز ولكن جاز لتعامل الناس فيه ولان النمو من أعلاه لا من أسفله فلا يتمكن الغرر وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من أسفله للتعامل وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول (و) لم يجز أيضا بيع (الجذع فى السقف) وهى القطعة من النخل أو غيره يوضع عليه الاخشاب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكره ولو قلعه البائع وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشترى البيع لزوال المانع بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وسلمه حيث لا يعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم بخلاف الحبوب فى غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا سمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وفى فتاوى الولوالجى رجل باع النواة فى التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز وكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر فى نزعه (و) لم يجز أيضا بيع (ذراع من ثوب) لان التبعيض يضره ولو قطعه وسلمه جاز وهذا فى ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة (و) لم يجز أيضا بيع (ضربة القانص) بالقاف والنون وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروى فى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد فى الماء أو غوص الرجل فى البحر لاجل اللؤلؤ لما روينا (و) لم يجز أيضا بيع (المزابنة) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث أنس رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخارى والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهى وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعى تجوز المزابنة فيما دون خمسة أوسق لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخارى والترمذى وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه وبه قال أحمد وللشافعى قولان فى الخمسة وفى الزائد يبطل قولا واحدا ولنا ما روينا ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيرها أن يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا وسمى ذلك بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض ما أعطاه أولا فكانه اتفق فى الواقعة خمسة أوسق أو دونه فظن الراوى أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب ويحتمل

ان

أن الراوى ظن أنه بيع (و) لم يجز أيضا بيع (الملامسة) لما روينا وهى من بيوع الجاهلية كان الرجلان يتساومان سلعة فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عنها وفى المنتقى عن أبى حنيفة هى أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع أو يقول المشترى كذلك (و) لم يجز أيضا بيع (القاء الحجر) لما ذكرنا وفى المنتقى القاء الحجر أن يقول المشترى أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز لما بينا (و) لم يجز أيضا بيع (المراعى) وهو جمع مرعى الدواب والمراد به بيع الكلا الذى فيها دون رقبة الارض لان بيع الارض جائز واجارتها جائزة اذا كان مالكا لها (و) لا يجوز (اجارتها) أى اجارة المراعى أيضا وانما لم يجز البيع والاجارة فيها لان الكلا ليس مملوكا له اذ لا يملكه بنباته فى أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه والحيلة فيه أن يستأجر الارض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل غرضهما به هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الارض بأن سقاها أو حدق حولها وهيأها للانبات ملكه وجاز بيعه ويدخل فى الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت فى أرضه لانه يملكها بالنبات فيه والكمأة كالكلا وفى الغاية لا يجوز اجارة القصيل لرعى دوابه كما لا يجوز أن يستأجر بقرة لشرب لبنها وفى فتاوى الولوالجى رجل باع الزرع وهو قصيل فهذا على ثلاثة أوجه ان باعه على أن يقطعه المشترى أو يرسل دابته فتأكله جاز لانه شرط ما يقتضيه العقد وان باع على ان يتركه لا يجوز لانه شرط ما لا يقتضيه العقد وكذلك لو اشترى رطبة على هذه الوجوه الثلاثة (و) لم يجز أيضا بيع (النحل) وهو دود العسل عندهما وعند محمد يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب المجمع يجوز بيع النحل تبعا للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا وقال الكرخى فى مختصره ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة وأبى يوسف فان كان فى كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز (ويباع دود القز وبيضه) أى يجوز بيعهما عند محمد والثلاثة وعند أبى حنيفة لا يجوز بيعهما وأبو يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه أيضا معه والفتوى على قول محمد ولذلك نص عليه الشيخ بالجواز وقال الكرخى فى مختصره وأجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا وكذلك دود القز يجوز بيعه والسلم فيه كيلا اذا كان فى وقته وجعل أجله فى وقته وكان محمد يضمن من قتل دود القز وروى عن أبى حنيفة انه لا يضمن من قتله وقال الكرخى وأجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لا يجوز بيع شئ فى البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وفى الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كانت الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين

أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحب البذر قيمة الاوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر المثل وكذلك اذا دفع الدجاجة لتكون البيضة بالنصف (والآبق) بالجر عطف على ما قبل دود القز أى ولم يجز أيضا بيع العبد الآبق لما روينا بخلاف العبد المرسل لحاجته لوجود القدرة على تسليمه (الا أن يبيعه) أى الآبق (ممن يزعم البائع (أنه) أى ان الآبق (عنده) لان النهى ورد فى الآبق المطلق وهو أن يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق فى حق المشترى اذ هو فى يده فلا يتناوله النص المطلق ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان فى يده اذا كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشترى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد خلافا لابى يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه آبق عندهما ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز وعن أبى حنيفة أنه يعود صحيحا ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته فى وقت العتق أجزأ عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم فى حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقى من اليد يكفى فى الهبة دون البيع (و) لم يجز أيضا بيع (لبن امرأة) اذا كان فى وعاء سواء كان من حرة أو أمة وقال الشافعى يجوز لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء آدمى مكرم وفى البيع اهانته فلا يجوز وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة تبعا لها وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وذكر فى اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا فانه لا يجوز لان اللبن له قيمة (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر (وينتفع به) أى بشعر الخنزير (للخرز) للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبى يوسف انه يكره لانه يتأتى بغيره ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء للضرورة وأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف خلافا لمحمد (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الانسان و) لا (الانتفاع به) لانه جزء آدمى مكرم وعن محمد جواز الانتفاع به (و) لم يجز أيضا بيع (جلد الميتة قبل الدبغ)

لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها رواه أبوداود وغيره (وبعده) أى بعد الدبغ (يباع) لانه طهر بالدبغ خلافا لمالك وأحمد (وينتفع به) أى بجلد الميتة بعد الدبغ خلافا لمالك وعنه يجوز استعماله فى الجامد دون المائع (كعظم الميتة) أى كما يجوز بيع عظم الميتة (وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) ويجوز الانتفاع بها أيضا لان الحياة لاتحلها وعند الشافعى لايجوز بيعها ولا الانتفاع بها لانها نجسة لانها من أجزاء الميتة وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك عظم الميتة نجس دون شعرها وكذلك يجوز عندنا بيع جلد الكلب مدبوغا خلافا للشافعى والحسن ويجوز أيضا بيع عظم الفيل عندهما خلافا لمحمد فانه نجس العين عنده وعندهما كالسباع وقال الكرخى فى مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف وقال البخارى فى جامعه وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وفى العيون روى ابراهيم بن رستم عن محمد فى امرأة صلت وفى عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكاة (و) لم يجز أيضا بيع (علو سقط) لان له حق التعلى لاغير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه ضمن قيمته وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولايجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته (و) لم يجز أيضا بيع (أمة تبين انه عبد وكذا عكسه) صورته اشترى أو باع شخصا على انه أمة فتبين انه عبد أو على انه عبد فتبين انه أمة لم يجز البيع استحسانا والقياس انه يجوز وهو قول زفر لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف فى الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة أو بالعكس لايفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وجه الاستحسان أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فلا يصح البيع بخلاف البهائم وذكر الكرخى فى مختصره ولو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج أو باع ثوبا على انه خز فاذا هو مرعزى فالبيع باطل (و) لم يجز أيضا (شراء ما باع بالاقل) أى باقل من الثمن الاول (قبل النقد) أى قبل ان يقبض البائع الثمن وقال الشافعى يجوز كما لو اشتراه بثوب قيمته أقل مما باعه ولنا انهما اصطلحا على أن ماليته مقدرة بثمن معين بعشرة مثلا فاذا اشتراه بأقل منه مع بقاء هذا التقدير فقد اشترى ما لا مقدرا بعشرة بتسعة فيكون ربا وان اشتراه بمثل الثمن الاول أو بالزيادة يجوز اجماعا وكذا لو اشتراه بالاقل بعد نقد الثمن يجوز اجماعا ولو اشتراه من لاتجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبى يوسف انه لايجوز ثم الشرط أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشترى أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز والشرط أيضا ان

يكون الثمنان متحدين جنساً لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني أقل والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحساناً وجاز قياساً وهو قول زفر رحمه الله وفي الغاية ويجوز الشراء بالاقل اذا تعيب عند المشتري لان ما بقي من الثمن يكون بازاء ما فات من المبيع بسبب العيب (وصح) البيع (فيما ضم اليه) أي الى المشترى بفتح الراء بأن اشترى مثلاً جارية بألف ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الاخرى لانه لابد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح (وزيت) بالجر عطف على ما لا يجوز من البيوع أي ولم يجز أيضاً بيع زيت (على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه) أي عن الزيت (مكان كل ظرف خمسين رطلا) لانه شرط لا يقتضيه العقد (وصح) البيع (لو شرط) المشتري (ان يطرح عنه) أي عن الزيت (بوزن الظرف) لان هذا شرط يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يخرج عنه وزن الظرف (وان اختلفا) أي المتبايعان (في) وزن (الزق) بأن اشترى سمناً مثلاً في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال مثلاً فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال (فالقول للمشتري) لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وفي الاصل القول قول المشتري مع يمينه وعلى البائع البينة (ولو أمر) مسلم (ذمياً بشراء خمر أو بيعها) أي أو أمره ببيع خمر (صح) هذا الامر عند أبي حنيفة وقالا لا يصح لان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسياً بأن يزوجه مجوسية حيث لا يجوز اجماعاً وله ان الوكيل أهل لنفس التصرف والموكل لحكمه الا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان لذمي فاسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا لو تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافاً الى الموكل ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكماً فيخللها وان كان خنزيراً يسيبه وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع صيده (وامة) بالجر عطف على ما لا يجوز من البيوع فيما مضى أي ولم يجز أيضاً بيع أمة (على ان يعتق المشتري) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو قول مالك وأحمد لان البيع يقتضي ملك الاعتاق قلنا لا نسلم بل يقتضي اطلاق أي تصرف كان لا تصرفاً معيناً ولو أعتقه المشتري جاز استحساناً عند أبي حنيفة ويجب عليه الثمن وقالا تجب عليه القيمة وهو القياس (او) على أن (يدبر) المشتري (او) على أن (يكاتب او) على أن (يستولد) الامة لما روينا وعند الثلاثة صح في الكل الا في قول للشافعي وأحمد في رواية (او أن يبيع أمة (الا حملها) فكذلك فسد البيع لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب الاول يفسد فيه العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن الثاني العقد فيه جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح

والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام فى هذه العقود ويصير هو حيث صارت هى الثالث يجوز فيه العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجاريته لانسان الا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لان الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيه فكذا الوصية (أو) باع عبدا مثلا على ان (يستخدم البائع شهرا أو) باع (دارا على ان يسكن) البائع فيه شهرا مثلا أو باع شيأ على أن (يقرض المشترى) للبائع (درهما أو) على ان (يهدى له) هدية (أو) باع شيأ على ان (لا يسلم) البائع المبيع (الى كذا) الى شهر مثلا أو شهرين لان هذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا) لما ذكرنا (وصح بيع نعل) وأراد به الصرم وهو تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه (على ان يحذوه) البائع من حذوت النعل بالنعل اذا قدرت كل واحدة على صاحبتها (و) أن (يشركه) البائع من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان تعامل الناس به من غير نكير ولهذا جوزنا الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كان اجارة على استهلاك الاعيان (لا) يصح (البيع الى النيروز والمهرجان) وهما معربان والاصل نوروز ومهركان والاول يوم فى طرف الربيع والثانى يوم فى طرف الخريف وقال فى زيج كوشيار النيروز أول يوم من فروردين ماه والمهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه وقال أبو الريحان فى تفهيمه فى ذلك اليوم ظفر افريدون بالضحاك وحكى عن أبى حفص الكبير رحمه الله قال لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز فاهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر بالله وأحبط عمله خمسين سنة كذا فى الغاية (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) لان هذه الآجال مجهولة فتفضى الى المنازعة حتى اذا علم المتعاقدان ذلك جاز وقيل اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة (و) لا يصح ايضا (الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها وهو قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده (والدياسة) وهو دوس الزرع فى البيدر بوطء الدواب (والقطاف) وهو قطع العنب من الكرم وكذا لا يجوز الى الجزاز وهو جز الصوف والى الجداد بالجيم والذال المعجمة وهو قطع الثمار وبالمهملة خاص فى النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات المذكورة (صح) التكفيل لان هذه جهالة يسيرة فتحتمل فى الكفالة لكونها تبرعا بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح ونحوه فانه لا يصح (وان أسقط الاجل) المضروب الى هذه الاوقات (قبل حلوله) بأن أسقطاه قبل ان يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا وبه قالت الثلاثة ولنا ان سبب الفساد قد ارتفع بالاسقاط فعاد جائزا وانما قال أسقط على بناء المجهول لان فى لفظ القدورى فان تراضيا على اسقاطهما يوهم ان التراضى شرط وليس كذلك فان المشترى اذا أسقطه قبل ذلك جاز ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة فى تأجيل الدين محتملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت فى العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد وفى الخلاصة

ولو باع الى هبوب الريح أو الى أن تمطر السماء لم يصح وان أبطل الاجل لم ينقلب جائزا (ومن جمع بين حر وعبد) فى البيع (او) جمع فيه بين (شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) أى فى الحر والعبد أو فى الشاة الذكية والميتة عند أبى حنيفة وان (فصل الثمن) أى ثمن كل واحد منهما (اولا) أى أو لم يفصل وقالا يصح فى العبد والذكية ويبطل فى الحر والميتة ان فصل لان الصفقة متعددة لتفصيل الثمن فلا يسرى الفساد من احداهما الى الاخرى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى رواية وله أن العقد عليهما صفقة واحدة بدليل أنه لا يملك القبول فى احداهما دون الاخرى فيبطل العقد فى الجميع كما اذا أطلق الثمن لانه جعل قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه العقد فكان شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وان جمع فى البيع (بين عبد ومدبر او) جمع (بين عبده وعبد غيره او) جمع (بين ملك ووقف صح) البيع (فى القن) أى فى العبد فيما اذا جمع بين عبده ومدبره (و) صح أيضا فى (عبده) فيما اذا جمع بين عبده وعبد غيره (و) صح أيضا فى (الملك) فيما اذا جمع بين ملك ووقف وقال زفر لا يصح فى الكل كما لو باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولنا أنه باعهما بمسمى معلوم فانعقد عليهما جملة واحدة فينفذ فى القن والملك بالحصة ويتوقف فى المدبر على قضاء القاضى وفى عبد الغير على اجازة مولاه وأما فى الملك والوقف فروايتان فى رواية يفسد فى الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله والاصح أنه يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما يضم اليه لانه ليس بمال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وكذا على الخلاف اذا جمع بين عبد ومكاتب أو بين عبد وأم ولد لان القاضى اذا قضى بجواز بيع أم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الاصح وفى الغاية اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسألة كانت مختلفا فيها فى الصدر الاول وكان عمر رضى الله تعالى عنه لا يجيز بيعها وكان على رضى الله عنه يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف وذلك بناء على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا الاجماع ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى فصول الاستروشنى وفى قضاء القاضى بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضى نفذ وان أبطل بطل وهذا أوجه الاقاويل

*هذا (فصل) فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشترى فى الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع وما لا يكره (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد) كالبيع بالخمر أو بشرط لا يقتضيه العقد واحترز به عن البيع الباطل فانه لا يفيد الملك أصلا ولو بالقبض وقيد بقوله (بأمر البائع) أى باذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله فى المجلس يكتفى بالدلالة والواو فى قوله (وكل من عوضيه) أى عوضى البيع وهما الثمن والمبيع

(مال)

(مال) للحال أى والحال أن كل واحد من العوضين مال ولو كان أحد العوضين غير مال كالحر والميتة والدم يكون البيع باطلا ولا يفيد الملك وان اتصل به القبض ويكون المبيع أمانة حتى لو هلك لا ضمان على القابض وعند الثلاثة يضمن وهو رواية عن أصحابنا (ملك) المشترى (المبيع بقيمته) يوم القبض لانه به دخل فى ضمانه وعند محمد يعتبر قيمته يوم أتلف لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه وقال الشافعى لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولكنه فسد باعتبار وصفه فاذا ازال هذا الوصف ينعقد أصلا ووصفا (ولكل منهما) أى من المتبايعين فى البيع الفاسد (فسخه) أى فسخ البيع قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لاحدهما يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد وعندهما لكل منهما فسخه فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أبى يوسف لا يشترط علمه قال الشارح رحمه الله معنى قوله ولكل منهما على كل منهما لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها قلت لا يحتاج الى هذا التكليف وانما اللام على أصله لانه يبين ان لكل واحد منهما سبيلا من الفسخ لا ان واحدا منهما ينفرد به بدون علم الآخر وان لم يكن برضاه (الا ان يبيع المشترى) الذى اشتراه بالبيع الفاسد (او يهب) بأن كان عبدا مثلا فوهبه لشخص (او يحرر) بأن كان عبدا فأعتقه (او يبنى) المشترى بأن كان عقارا فبنى فيه فهذه التصرفات تمنع الفسخ لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد ونظير البيع الكتابة والرهن لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد وكذا لو رجع فى الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء وعلى أصل الثلاثة لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع بهذه التصرفات وفى البناء خلاف أبى يوسف ومحمد فعندهما لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع وينقض ما بناه المشترى لان حقه فى الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل مع ضعفه فهذا أولى ولابى حنيفة أن حق الاسترداد فى البيع الفاسد حق الشرع والبناء حق المشترى وحق العبد مقدم لحاجته والمشترى بنى بتسليط البائع فلا يكون له نقضه وعلى هذا الخلاف الغرس (وله) اى للمشترى (ان يمنع المبيع عن البائع) اذا تفاسخا

بعد قبض العوضين (حتى يؤخذ الثمن منه) أى من البائع لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا أو اقترض قرضا فاسدا او أخذ به رهنا له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن وما أقرض حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما فى يده من المقبوض من سائر الغرماء (وطاب للبائع ما) أى الذى (ربح) فى البيع الفاسد (لا) يطيب (للمشترى) ما ربح فان كان المبيع من الاشياء التى تتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل منهما يطيب للبائع لان ما لا يتعين مثله يجب فى ذمته فلا يتمكن الخبث فيه بخلاف ما يتعين لان العقد يتعلق به فيتمكن الخبث فيه فيجب التصدق به هذا فى الخبث الذى يكون لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد وهل يتعين ردّ المقبوض من الثمن بعينه فى البيع الفاسد أم لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض والاول أصح وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح من الثمن عندهما كما فى المغصوب (ولو ادّعى) شخص (على) شخص (آخر دراهم فقضاها) المدّعى عليه (اياه) أى المدّعى (ثم تصادقا) أى المدّعى والمدّعى عليه (انه) أى أن المدّعى عليه (لا شئ عليه) من تلك الدراهم التى ادّعى بها عليه (طاب له) أى للمدّعى الذى قبض الدراهم وربح فيها (ربحه) لان الخبث لفساد الملك لانه ملكه أوّلا بالتصادق ثم استحق به أنه لا شئ عليه (وكره النجش) بفتحتين ويروى بسكون الجيم وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع حاضر لباد وان تناجشوا رواه البخارى ومسلم وأحمد والتناجش أن يكون من اثنين (و) كره (السوم على سوم غيره) وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقر الثمن بينهما ولم يبق الا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره رواه البخارى ومسلم وأحمد وانما يكره اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذى سماه المشترى وأما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال أنس رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه أحمد والترمذى ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذلك يكره النجش فيما اذا كان الراغب فى السلعة يطلبها بمثل ثمنها وأما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بأن يزيد الى أن يبلغ قيمتها وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى (و) كره (تلقى الجلب) أيضا بفتح اللام بمعنى المجلوب لقول ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى البيوع رواه البخارى ومسلم وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشترى منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن هذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا فى قحط وان كان لا يضر بهم فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتريه منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز فى الحكم ولكنه مكروه لانه غرور وسواء

استضر به

استضربه أهل المصر أولم يستضروا به (و) كره (بيع الحاضر للبادى) أيضا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخارى ومسلم وآخرون وفى الاختيار وهو أن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب وفى شرح الطحاوى صورته أن الرجل اذا كان له طعام وأهل المصر فى قحط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون بذلك فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية والركبان جمع راكب ويقال للمتوسط بين البائع والمشترى سمسار (و) كره (البيع) أيضا (عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع والاذان المعتبر فى تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وعند مالك وأحمد لا ينعقد البيع أصلا (لا) يكره (بيع من يزيد) لما روينا (ولا يفرق) البائع فى البيع (بين صغير وذى رحم محرم منه) مثل الاب والابن والام والابن والاخوين والمقصود منه القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن أبى موسى رضى الله عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى ثم لا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لتفرق الملك وكذا لو كان التفريق بحق مستحق عليه كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب وكذا لا بأس بالتفريق اذا تعذر اخراج أحدهما بالتدبير او الاستيلاد أو الكتابة وله أن يعتق أحدهما وان كان فيه تفريق لانه أنفع له من ابقائه على الرق وفى النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له فى التجارة وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع وعن أبى يوسف أنه يفسد البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى غيره وعنه أنه يفسد فى الجميع لما رويناه به قال زفر والثلاثة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فينفذ والنهى لمعنى فى غيره فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان ولكنه يكره للنهى (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز التفريق بينهما لان النص ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره وفيه خلاف أحمد والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان احكام (الاقالة)

وهو مصدر من أقال أجوف يائى ومعناه القلع والرفع وقيل هو مشتق من القول والهمزة للسلب أى أزال القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى اذا أزال شكواه وهذا لا يصح لانه يقال قلته البيع بالكسر فهذا يدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم (هى) أى الاقالة (فسخ) أى ازالة للبيع (فى حق المتعاقدين بيع) جديد (فى حق ثالث) كالشفيع عند أبى حنيفة فان لم يمكن جعله فسخا بأن كان المبيع جارية فولدت بطلت الاقالة ويبقى البيع على حاله وقال أبو يوسف الاقالة بيع فان تعذر جعلها بيعا كما فى المنقول

قبل القبض يجعل فسخا الا أن لا يمكن كما اذا ولدت المبيعة فبطلت الاقالة وقال محمد هي فسخ الا أن لا يمكن بأن سمى ثمنا أكثر من الثمن الاول أو جنسا آخر فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فيبطل وقال زفر ومالك وأحمد في رواية هي فسخ في حق الكل بكل حال وعن مالك وأحمد في رواية بيع بكل حال وفائدة قول أبي حنيفة انها فسخ في حق المتعاقدين يظهر في خمس مسائل الاولى أنه يجب على البائع الثمن الاول وما سمياه عند الاقالة بخلافه باطل الثانية أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسد البيع وعند الثلاثة تفسدها الثالثة اذا تقايلا ولم يسترد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز البيع ولو كان بيعا في حقهما لبطل لكونه بائعا ما اشتراه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز لانه بيع جديد في حق غيرهما الرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة فالهبة جائزة ولو كان بيعا فوهبه المشتري من البائع فقبله البائع ينفسخ البيع الخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن صح قبضه فلو كان بيعا لما صح من غير اعادتهما وأما فائدة قوله بيع جديد في حق ثالث فكذلك تظهر في خمس مسائل احداها اذا كان المبيع عقارا وسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملكه فبلغ الشفيع فطلب الشفعة يقضى له بها لكونه بيعا في حق غيرهما الثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر وقبضه أو لم يقبضه ثم تقايلا واطلع على عيب كان عند البائع الاول فأراد أن يرده عليه بالعيب ليس له ذلك لانها بيع في حق الثالث الثالثة اذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه البائع منه بأقل من الثمن قبل نقده فالشراء جائز فكان في حق البائع كالملك بسبب جديد الرابعة لو وهب لرجل شيأ وقبضه ولم يعوضه حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد ليس للواهب الرجوع فيها لان البائع في حق الواهب بمنزلة المشتري الخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير (وتصح) الاقالة (بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر) من الثمن الاول (و) شرط (الاقل) منه (بلا تعيب) عند المشتري قيد به لانه اذا تعيب عنده يجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب (و) شرط (جنس آخر) من خلاف الثمن الاول (لغو) أي باطل عند أبي حنيفة لانها منبئة عن الفسخ والازالة فتقتضي رفع الموجود (و) اذا كان كذلك (لزمه الثمن الاول) وعند أبي يوسف يلزمه ما شرط وعند محمد يلزمه ما شرط في صورة الزيادة وخلاف الجنس وفي صورة اشتراط الاقل يلزمه الثمن الاول ويلغو الشرط (وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) لان قيام العقد ليس بالثمن بل بالمعقود عليه (وهلاك المبيع يمنع) صحة الاقالة لان قيام العقد بقيام المعقود عليه (وهلاك بعضه) أي بعض المبيع يمنع (بقدره) ويصح في باقيه لقيام البيع في الباقي وهذا بالاجماع الا في وجه للشافعية يوضح ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي أنه اذا تبايعا عينا بعين مما يتعين كل منهما للعقد وتقابضا ثم هلك أحدهما في يد مشتريه ثم تقايلا فالاقالة صحيحة وعلى المشتري قيمة الهالك أو مثله ان كان مثليا يسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قائمان ثم هلك أحدهما ولو اشترى عينا مما يتعين للعقد بثمن دين كما اذا اشترى عرضا من العروض بعينه

بدراهم أو بدنانير وعين الدراهم أو الدنانير أو لم يعينهما لانهما لا يتعينان فى المبادلات وان عينتا وكذلك الفلوس وكذلك الكيلى والوزنى اذا كان موصوفا بغير عينه والعددى لان الكيلى والوزنى أوصافهما ثمن واعيانهما سلع ثم تقايلا البيع فانه ينظر ان كانت العين قائمة فى يد المشترى صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما فى يد البائع أو هالكا لان الثمن وان كان قائما فهو فى حكم الهالك لانه لا يتعين للعقد ولو كان المعقود عليهما عرضين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا لا تصح الاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت العقد والآخر قائم حتى صحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة ولو عقدا عقد السلم ورأس المال عرض يتعين للعقد أو دراهم أو دنانير أو فلوس مما لا يتعين للعقد ثم تقايلا السلم ورأس المال فى يد المسلم اليه قائم أو هالك فان الاقالة صحيحة لان المسلم فيه وان كان دينا فى الحقيقة فانه له حكم العين الا ترى ان استبداله قبل القبض لا يجوز فصارا كأنهما تقايلا وأحد المعقود عليهما قائم فان كان رأس المال قائما وهو مما يتعين للعقد فعلى المسلم اليه رد عينه وان كان هالكا فعليه رد القيمة ان كان غير مثلى أو مثله ان كان مثليا وان كان رأس المال مما لا يتعين للعقد فعليه رد مثله قائما كان أو هالكا وكذلك لو قبض المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم فى يد رب السلم صحت الاقالة على ما ذكرنا وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض بعقد السلم كعين ما ورد عليه العقد ألا ترى أنه يجوز بيعه مرابحة على رأس المال والله أعلم

*هذا (باب) فى بيان أحكام (التولية)

وهى مصدر ولى غيره أى جعله واليا وفى الشرع (هى) أى التولية (بيع بثمن سابق) وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان (والمرابحة) مصدر من رابح وفى الشرع هى بيع (به) أى بثمن سابق (وبزيادة) وهذا التعريف أحسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد وفى التحفة البيع فى حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد والثانى بيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية فى بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان يسير منه (وشرطهما) أى شرط التولية والمرابحة (كون الثمن الاول) وهو الذى ملك به المبيع ووجب بالعقد (مثليا) أى مما له مثل كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فاذا كان الثمن الاول ثوبا مثلا أو حيوانا فمثله قيمته وهى مجهولة لا يمكن معرفتها حقيقة فلم يجز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم لانتفاء الجهالة حينئذ ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دراهم بدنانير لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما فى الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد ويوضح ذلك ما ذكره فى التحفة اذا باع شيئا مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب

أو يكون من العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها أمّا اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز وسواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن بعد أن يكون شيأ مقدرا معلوما نحو الدرهم وثوب مشار اليه أو دينار لانّ الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأمّا اذا كان الثمن الاول لامثل له فأراد بيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض فى يده وملكه أو ممن غيره فان باعه ممن ليس فى ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو امّا أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ولا وجه للاول لانّ العوض ليس فى ملك من يبيعه منه مرابحة ولا وجه أن يبيعه منه مرابحة بقيمته لانّ القيمة تعرف بالحزر والظنّ فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض فى يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرابحة بالثوب الذى فى يدك وبربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهى معلومة وان قال أبيعك بربح ده يازده فانه لا يجوز لانّ تسمية ده يازده أحد عشر يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كانه باع بالثمن الاول وهو الثوب وبجزء من الجنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه (وله) أى للبائع (أن يضم الى رأس المال أجرة القصار) أى الذى قصر الثوب (و) أجرة (الصبغ) بعصفر أو زعفران أو سواد أو صفرة (و) أجرة (الطراز و) أجرة (الفتل) من فتلت الثوب اذا أخرجت له طرّة كما يعمل فى أطراف المناديل والطيالسة (و) أجرة (حمل الطعام) أى تحويله من موضع الشراء (و) أجرة (سوق الغنم) من موضع الشراء الى منزله وكذا غير الغنم لانّ العرف جرى بالحاق هذه الاشياء برأس المال وكذا يضيف الى رأس المال أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطىّ البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه وفى المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراءه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة فى العقد ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ماهو سبب لبقائه كالطعام وفى المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحرّ والبرد وفى التحفة وأما أجرة السمسار فى ظاهر الرواية ملحقة برأس المال وفى البرامكة قال لا يلحق وقال الكرخى فى مختصره وكذا اذا كان مضاربا أنفق على الرقيق فى طعامهم وكسوتهم وما لابدّ منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان اسرف لم يضم الفضل وضم مابقى ولا يضم ما أنفق على نفسه فى سفره وكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرض الرقيق من أجرة طبيب أو حجام أو دواء ولا يضم جعل الآبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق على الرقيق فى تعليم صناعة ولا قرآن ولا فى شعر ولا فى تعليم غير ذلك (ويقول قام) هذا (على بكذا) من الدراهم والدنانير ولا يقول اشتريته بكذا تحرّزا عن الكذب (ولا يضم أجرة الراعى و) أجرة (التعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه برأس المال وكذا لا يضم حفر البئر وأجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة وجعل الآبق ونفقة نفسه وكراءه وأجرة الختان والفداء فى الجناية والذى يؤخذ فى الطريق من الظلم الا فى موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم ولو زوج عبده لا يضم المهر الى رأس المال ويضم أجرة من يذبح

قوله وفى المخزن بواو العطف كما فى الزيلعى والصواب اسقاط الواو كما فى المحيط اهـ من الهامش

الحيوان ويسلخها ويتخذ الخشب أبوابا ويثقب اللؤلؤ (فان خان) البائع (فى مرابحة اخذ) المشترى (بكل ثمنه او ردّه) أى المبيع (وحط) المشترى (فى التولية) اذا خان فيها صورته اشترى شيأ بتسعة وقال لآخر اشتريته بعشرة وأبيعك بربح درهم فاشتراه على ذلك ثم تبين أنه خانه فى درهم يخير عند أبى حنيفة ان شاء أخذ المبيع بكل الثمن وان شاء ترك ولو خان فى بيع التولية على هذا الوجه يحط قدر الخيانة عنده وعند أبى يوسف يحط قدر الخيانة فى التولية وقدرها وقدر ما يخصها من الربح فى المرابحة وبه قال أحمد والشافعى فى قول لان بيع التولية والمرابحة على الثمن الاول فيتقدر بقدره ويحط الزيادة عنه وعند محمد يخير فيهما جميعا ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لانهما تراضيا فلا معنى للحط الا أن المشترى صار مغرورا فيتخير وبه قال مالك والشافعى فى قول وعن مالك وهو قول عن الشافعية لا يصح البيع وله أن التولية بيع بالثمن الاول من كل وجه فيتقدر به وأما المرابحة فليست كذلك وذكر الثمن الاول للمنع عن النقصان لا للتعريف به فلا معنى للحط فيخير ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد وعن محمد أن المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن وعلى قول أبى يوسف يحط كيفما كان وكذا عند ابى حنيفة فى التولية ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث عنده به عيب آخر لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول (ومن اشترى ثوبا فباعه) أى الثوب (بربح ثم اشتراه) أى ذلك الثوب (فان باعه) يعنى فان أراد ان يبيعه (بربح) ثانى مرة (طرح عنه) أى عن الثوب (كل ربح) كان (قبله) أى قبل هذا البيع هذا عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة يقول قام على بعشرة وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين وبه قال الشافعى ومالك لان هذا شراء جديد لا تعلق له بالاول فلا يعتبر فيه ما ربحه قبل ذلك وله أن بيع المرابحة بناء على الامانة وهنا شبهة الخيانة ثابتة لان الربح الذى ربحه فى الاول فى معرض السقوط بفسخ البيع الاول بظهور العيب (وان احاط) الربح أى استغرق (بثمنه) بأن اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين (لم يرابح) يعنى لا يبيعه مرابحة أصلا عند أبى حنيفة خلافا لهما (ولو اشترى) عبد (مأذون مديون ثوبا بعشرة) دراهم (وباعه) أى باع المأذون الثوب (من سيده بخمسة عشر) درهما (يبيعه) السيد (مرابحة على عشرة) لان العقد بينهما وان كان صحيحا ولكن له شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لا يخلو عن حقه فصار كانه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير وقوله مديون وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع والمكاتب كالعبد المأذون له (وكذا) حكم (العكس) وهو أن يشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له فى التجارة بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لا غير لما ذكرنا (ولو كان) الذى عمل هذا العمل (مضاربا) بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة (بالنصف) فاشترى ثوبا بعشرة ثم (باع ما اشترى بعشرة من رب المال بخمسة عشر) درهما (رابح) رب المال (باثنى عشر ونصف) لان نصف الربح وهو

درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف فيرابح عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان بالتعيب) أى بتعيب المبيع عنده من غير صنعه ومعنى بلا بيان من غير بيان أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه لقوله عليه الصلاة والسلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه (و) كذا يرابح بلا بيان فى (وطء) الجارية (الثيب) لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شئ من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير أن المشترى يتخير بين أخذه بكل الثمن وتركه وعن أبى يوسف فى التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وبه قال الشافعى وزفر (و) يرابح (ببيان بالتعيب) منه سواء كان بفعله نفسه أو بفعل غيره وأخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن (و) كذا يرابح ببيان فى (وطء البكر) لانه تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع فى نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة بلا بيان ثم فى كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة الا ببيان فان لم يبين فللمشترى أن يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين وفى الغاية وفى قول زفر اذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها الذى اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ (ولو اشترى) شخص شيأ (بألف) درهم (نسيئة) أى الى أجل (وباع بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل (خير المشترى) بين أن يأخذه أو يتركه لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل وكذا فى التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار (فان أتلف) المشترى المبيع فى هذه الصورة (فعلم) أى ثم علم أن الثمن كان مؤجلا (لزم) البيع المشترى (بألف ومائة) لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شئ من الثمن وكذا الحكم فى هلاك المبيع (وكذا التولية) مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أنه يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف (ومن ولى رجلا شيأ) أى باع له بالتولية (بما قام عليه و) الحال أنه (لم يعلم المشترى بكم قام عليه) أى على المولى (فسد) البيع لجهالة الثمن (ولو علم) المشترى بكم قام عليه (فى المجلس) قبل الافتراق (خير) بين أخذه وتركه لان جهالة الثمن فساد فى صلب العقد الا أنه فى مجلس العقد غير متقرر فاذا علم فيه ارتفعت الجهالة وانما يخير لخلل فى رضاه لان الرضا بالشئ لا يتم قبل العلم به واذا علم بعد الافتراق لا يصح البيع لتقرر الفساد

* هذا (فصل) فى بيان أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك (صح بيع العقار) الذى اشتراه (قبل قبضه) عندهما وعند محمد لا يصح لقوله عليه الصلاة

والسلام

والسلام اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد وبه قال الشافعي ولهما ان عدم الجواز في المنقول لخطر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه وهذا لا يتحقق في العقار وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح (لا) يصح (بيع المنقول) قبل القبض لما روينا وعند مالك بيع الطعام بالطعام قبل القبض لا يجوز وبيع ما سواه من المنقولات يجوز قبل القبض وبه قال أحمد ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن وان نقد الثمن نفذت الكتابة ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم يجز عند أبي يوسف ويجوز عند محمد وهو الاصح وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته ولا يجوز بيع أجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الآبقة جاز ولو وهب المبيع من البائع قبل القبض فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف البيع وفي شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض يكون موروثا فكذلك الوصية وفي الايضاح كل عوض ملك بالعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (ولو اشترى مكيلا) أي ما يكال (كيلا) أي من حيث الكيل (حرم بيعه وأكله حتى يكيله) أي حتى يعيد الكيل لما روى جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده أكثر من كيل البائع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له على ما بينا (ومثله) أي ومثل الحكم المذكور في المكيل (الموزون) أي بيع الموزون بشرط الوزن (والمعدود) بشرط العد لا يجوز أن يبيعه أو يأكل منه حتى يعيد الوزن والعد هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد المبيع قيل لا يكفي لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وجعل الشيخ المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد (لا) يحرم التصرف في المبيع (المذروع) بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف وليس بقدر فيكون كله للمشتري اللهم الا اذا سمى لكل ذراع ثمنا فحينئذ لا يحل له التصرف فيه حتى يذرع لما قلنا (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) بأن ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض ولا يجوز له أن يملكه من غير من عليه لان النهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا فرق بين أن يكون المقبوض من جنسه أو خلاف جنسه اذ الكل

معاوضة وفي الغاية التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والاجارة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك بالحديث وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (و) صح (الزيادة فيه) أي في الثمن (و) صح (الحط منه) أي من الثمن فيلحقان بأصل العقد ولو بعد تمام العقد وعند الشافعي وزفر الحاقهما بعد لزوم البيع لايصح بل يصح على اعتبار أن يكون صلة مبتدأة لان المبيع دخل في ملك المشتري والثمن في ملك البائع فمن زاد شيأ فهو مبدل العوض عن ملك نفسه وهذا لايجوز ولنا أنهما يغيران بهما صفة العقد من الخسارة الى الربح أو العدل ولهما رفع العقد فلأن يكون لهما تغيير وصفه أولى وفائدة الخلاف تظهر في المرابحة والتولية حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط وفي الشفعة أيضا حتى يؤخذ بما بقي من الحط دون الزيادة لما فيها من ابطال حقه الثابت بالثمن الاول فلا يملك ابطاله وتظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له أن يطالب بالزيادة وتظهر أيضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لاتجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الحط لايصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الحط أن يكون هبة مبتدأة وتظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض وتظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى (و) صحت (الزيادة في المبيع) أيضا وتلتحق بأصل العقد خلافا للشافعي وزفر ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الحط لانه اسقاط محض وفي المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها وماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لايجوز ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المثل بعد موتها (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ماوقع عليه في العقد من الثمن والزيادة عليه حتى لايكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم مابقي من الحط واذا ظهر للمبيع مستحق يرجع المشتري على البائع بالزيادة وقد ذكرناه (و) صح أيضا (تأجيل كل دين) لان المطالبة حقه فله أن يؤخره الا عند الشافعي في قول لايصح (غير القرض) لانه اعارة والتأجيل فيها ليس بلازم لانها تبرع وقال مالك يجوز التأجيل في القرض أيضا كسائر الديون ولو أوصى أن يقرض من فلان من ماله ألف درهم الى سنة يجوز من

الثلث

الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضى العدة لانه وصية بالتبرع ويتسامح فيها مالا يتسامح فى غيرها نظرا للموصى ألا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الربا) *

وهو اسم من ربا الشئ يربو اذا زاد والمصدر ربو ومنه سمى المكان المرتفع ربوة لزيادة ارتفاعه على سائر الاماكن وفى الشرع (هو) أى الربا (فضل مال) أى زيادته (بلا عوض) فى مقابلته (فى معاوضة مال بمال) كما اذا باع عشرة دراهم باحد عشر درهما فان الدرهم فيه فضل وليس فى مقابلته شئ وهو عين الربا (وعلته) أى علة الربا (القدر) وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون (والجنس) وهو كون العوضين من جنس واحد كما اذا باع مكيلا أى مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك اذا باع موزونا أى موزون كان بجنسه يحرم الفضل فالعلة عندنا مركبة منهما وبه قال أحمد وعنه فى غير النقدين كونه مأكولا وجنسا وعند الشافعى العلة هى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك العلة هى الاقتيات والادخار مع الجنس فى المطعومات وأما فى الاثمان فكقول الشافعى لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر وللشافعى حديث معمر بن عبد الله كنت أسمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد شرط المماثلة وعلله بوصف الطعم فكان علة ولنا ما روى عن عبادة وأنس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه الدارقطنى رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس وقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما والنبى صلى الله عليه وسلم أيضا شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية ولهذا قالوا لا يجرى الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحبة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا ويبتنى على الاصل المذكور فروع كثيرة فلنذكر بعضها تنبيها على البواقى منها اذا باع حفنة من طعام بحفنتين منه أو تفاحة بتفاحتين يجوز عندنا وعند الثلاثة لا الا فى رواية عن أحمد ومالك ومنها لو باع كيلا من جص بكيلين منه أو رطلا من حديد برطلين منه لا يجوز عندنا خلافا لهم ومنها لو باع كيلا من زبيب بكيلين منه لا يجوز اجماعا ومنها لو باع حفنة من ملح بحفنتين منه يجوز اجماعا ثم المطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا أو تأدما أو تفكها أو غيرها وسواء كان المطعوم مما يكال أو يوزن أم لا وهذا هو القول الجديد له وهو الاظهر وعلى القول القديم يشترط مع الطعم الكيل أو الوزن فعلى هذا لا ربا فى السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوهما مما لا يكال ولا يوزن (فحرم الفضل والنساء) بفتح النون وهو البيع الى أجل (بهما) أى بالجنس والقدر (و) حرم (النساء فقط) يعنى دون الفضل (باحدهما) أى بوجود

قوله كالحبة كذا بخطه والذى فى الزيلعى حفنة اه من هامش

أحدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى (وحلا) أى الفضل والنساء جميعا (بعدمهما) أى بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة (وصح بيع المكيل) أى الذى يدخل تحت الكيل (كالبر والشعير والتمر والملح و) صح بيع (الموزون) أى الذى يدخل تحت الوزن (كالنقدين) أى الدراهم والدنانير (و) صح أيضا بيع (ما ينسب الى الرطل) وهو كل شئ وقع عليه كيل الرطل مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستمسك الا فى وعاء يشق عليهم وحده وزنه بالأمناء والصنجات فى كل وقت بالوعاء فقدر بالارطال والامناء فاكتفى به دفعا للحرج فبقى موزونا على حاله وقال صاحب الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى مثل الامناء أى مثل ما ينسب الى الامناء قال فخر الدين قاضيخان رحمه الله تفسيره أن ما يباع بالاواقى فهو وزنى لان الاواقى قدرت بطريق الوزن فصارت وزنيا وأما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا وفائدة هذا ان ما يباع بالارطال اذا بيع كيلا بكيل غير الاواقى سواء بسواء لا يجوز لانه باع الموزون بالموزون بالكيل الذى لم يقدر بالوزن فيكون بيع الموزون بالموزون مجازفة فبطل وقال فى كشاش يوحنا بن سرافيون الرطل اثنا عشرة أوقية وقال أيضا الرطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ودانقان أو أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل ان الاوقية أربعون درهما نظر والباء فى قوله (بجنسه) تتعلق بقوله وصح بيع المكيل أى صح بيع هذه الاشياء بجنسه حال كونه (متساويا لا) يصح اذا كان (متفاضلا) لوجود العلة وهى التفاضل (وجيده) أى جيد ما فيه الربا (كرديئه) حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء (ويعتبر التعيين لا التقابض فى غير الصرف) من الربويات وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لانه اذا لم يتقابضا فى المجلس قد يتعاقب القبضان فيثبت شبهة الربا وبه قال مالك وأحمد ولنا أن كلا منهما مبيع متعين فلا يشترط قبضه كثوب معين بثوب معين بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض (وصح بيع الحفنة) وهى ما يملأ الكفين قاله الجوهرى (بالحفنتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لانها لا تدخل تحت المعيار فلم توجد العلة خلافا للثلاثة وقد ذكرناه آنفا وقال صاحب الهداية وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة حتى اذا باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها جاز عندنا اذا لم تبلغ نصف الصاع لانه لم يرد التقدير فى الشرع بما دون نصف صاع وجاء التقدير بنصف صاع فى صدقة الفطر وفى الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع (و) صح أيضا بيع (الفلس بالفلسين) حال كونهما (بأعيانهما) بأن كان الفلس معينا والفلسان معينين عندهما وقال محمد لا يجوز لانه ثمن فصار كالدرهم والدرهمين وبه قال الشافعى ولهما أنه صار ثمنا باصطلاح الناس فخرج ذلك باصطلاح العاقدين تصحيحا لتصرفهما بخلاف الدراهم لانها خلقت ثمنا وانما قيد بقوله بأعيانهما لانه اذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لا يجوز اتفاقا لانه يؤدى الى الربا (و) صح ايضا بيع (اللحم بالحيوان) عندهما وقال محمد لا يصح بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر مما فى الحيوان ليكون قدره متقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان

رواه فى الموطا ولهما أنه باع الموزون بغير الموزون لان الحيوان ليس بموزون فيجوز كيفما كان وعند الشافعى وأحمد لايجوز ولا يجوز بالنسيئة اجماعا وفى شرح الطحاوى ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز فى قولهم جميعا (و) صح أيضا بيع (الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا ولو باع القطن بغزله قال محمد يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وقال أبو يوسف لايجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص أكثر مما فى الآخر وان كان لايدرى لايجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذى فى القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن (و) صح أيضا بيع (الرطب بالرطب) متساويا (أو) بيع الرطب (بالتمر) حال كونه (متماثلا) فى الوزن عند أبى حنيفة وقالا لايجوز لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الرطب بالتمر وبه قالت الثلاثة وله أن الرطب تمر حقيقة فيجوز متساويا (و) صح أيضا بيع (العنب بالزبيب) متماثلا عند أبى حنيفة خلافا لهما والتعليل مامر وقيل لايجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية وفى التقريب فأما العنب بالزبيب فذكر أبو جعفر جواز بيع أحدهما بالآخر فى قولهم وذكر أبو الحسن عنهما أنه لايجوز الا على الاعتبار فأما أبو حنيفة فاعتبر التساوى حال العقد ولم يعتبر ما بعده وذكر أبو الليث قال بشر بن الوليد لابأس بالعنب بالزبيب يدا بيد والعنب أقل وروى هشام عن محمد انه قال لابأس بقفيز من عنب بقفيز من زبيب فألزمته الرطب بالتمر ولم أزل به حتى رجع عن قوله وأما العنب بالعنب فيجوز فى قولهم كما فى الرطب بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلا بمثل وقالا لايجوز (و) صح أيضا بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض) حال كون البعض (متفاضلا) مثل لحم الشاة بلحم البقر ولحم الجاموس بلحم الجمل ولكن بشرطين أحدهما أن يكون نقدا والثانى أن تكون مختلفة كلحم الشاة بلحم البقر كما ذكرنا حتى لو باع لحم جاموس بلحم بقر أو ضأن بمعز أو لحم العراب بلحم البخاتى لم يجز متفاضلا لاتحاد أجناسها وعند الثلاثة لايجوز مطلقا الا اذا تساوى البدلان وفى شرح الطحاوى ولحوم الغنم كلها جنس واحد من الضأن والمعز والنعجة والتيس حتى لو بيع لحومها بعضها ببعض وشحومها بعضها ببعض أو ألبانها بعضها ببعض لايجوز الا سواء بسواء ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بأليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان فلو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة وأما الرؤس والاكارع والجلود يجوز يدا بيد كيفما كان ولا يجوز نسيئة لانه لم يضبط بالوصف ألا ترى ان السلم فيه لايجوز ولحوم الابل كلها نوع واحد من العراب والبخاتى وذى سنامين أو ذى سنام واحد وكذلك البقر والجواميس كلها نوع واحد وفى الايضاح روى عن أبى يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من نوع واحد لانه لايوزن فى العادة (و) صح أيضا بيع (لبن البقر و) لبن (الغنم) بعضه ببعض متساويا ومتفاضلا لعدم العلة خلافا للثلاثة ولكن بالشرطين المذكورين فى اللحوم (و) صح أيضا بيع (خل الدقل) بفتح الدال والقاف وهو الردىء من

التمر (بخل العنب) متساويا ومتفاضلا ولكن بالشرطين المذكورين وانما خص خل الدقل اجراء للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم فى خل كل تمر كذلك (و) صح أيضا بيع (شحم البطن بالألية) بعضها ببعض متفاضلا (أو باللحم) وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) صح أيضا بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) لكن يدا بيد لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة المجانسة فى الحال ولا يعرف التساوى بينهما والاول أصح وفى النوادر عن أبى بكر أن بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلا ولا متساويا وهذا اذا كانا نقدين فان باع أحدهما بالآخر نسيئة فهو على وجهين ذكرهما الولوالجى وغيره فى الفتاوى ان كان الخبز نقدا والدقيق أو الحنطة نسيئة يجوز لانه أسلم موزونا فى مكيل وان كان الحنطة أو الدقيق نقدا والخبز نسيئة لا يجوز (لا) يصح (بيع البر بالدقيق أو بالسويق) لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان خص باسم آخر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبى حنيفة وقالا يجوز كيفما كان وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة فى النعومة وفى الخلاصة سواء كان أحدهما أخشن او أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفى الفتاوى الصغرى بيع النخالة بالدقيق عند أبى يوسف يجوز على طريق الاعتبار بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة فى الدقيق وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار وانما يجوز اذا تساويا كيلا (ولا) يصح أيضا بيع (الزيتون بالزيت و) لا بيع (السمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) الخالص (والشيرج) الخالص (أكثر مما فى الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير وقال زفر يجوز مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل أو مساو فان علم أن الزيت الثمن ليس بأكثر لم يجز لان الاصل فى العقد هو الجواز فلا يفسد بالشك والاحتمال ولنا أن جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد وعند الثلاثة لا يصح أصلا (ويستقرض الخبز وزنا) أى من حيث الوزن (لا) يستقرض (عددا) أى من حيث العدد عند أبى يوسف لان الوزن يوجب التساوى والعدد لا وبه قال الشافعى فى قول وبه يفتى وعند محمد يستقرض بهما وزنا وعددا لان التفاوت ساقط شرعا للتعامل وحاجة الناس وبه قال أحمد والشافعى فى قول وعند مالك يعتبر العرف وعند أبى حنيفة لا يجوز أصلا لان التفاوت فى العدد ظاهر من حيث القدر وفيه تفاوت الاوصاف فلا يثبت التساوى لا وزنا ولا عددا فلا يجوز تحرزا عن الربا (ولا ربا بين السيد وعبده) لانه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس بملك للمولى عند أبى حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط لا ربا بينهما وان كان عليه دين (و) لا (بين المسلم والحربى ثمة) أى فى دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا هناك فهو جائز عندهما وقال أبو يوسف والشافعى ومالك

وأحمد فى رواية صحيحة لايجوز اعتبارا للحربي بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب رواه مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحقوق فى المبيع)

(العلو لايدخل بشراء بيت) يعنى اذا اشترى بيتا فوقه بيت لايدخل فيه العلو ولو قال (بكل حق) هوله مالم ينص عليه لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لايكون تبعا لمثله فلايدخل بدون التنصيص عليه (و) لايدخل العلو أيضا (بشراء منزل الا) أن يقول المشترى (بكل حق هوله أو) يقول (بمرافقه أو) يقول (بكل قليل وكثير هو فيه أو منه) لان المنزل له شبه للدار وشبه للبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فلشبهه بالدار يدخل ولشبهه بالبيت لايدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وفى الكافى هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف أهله (ودخل العلو (بشراء دار) وان لم يذكر شيأ من ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر (كالكنيف) أى كما يدخل الكنيف وهو بيت الماء بذكر الدار من غير افرازه بالذكر كالعلو لما قلنا ان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التى فى صحنها والبستان فيها وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لايدخل الا بالشرط وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا (لا) يدخل (الظلة) وهى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى وعلى الاسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار المبيعة فلايدخل فى بيع الدار (الا) أن يقول (بكل حق) أو نحو ذلك مما ذكرنا عند أبى حنيفة وعندهما يدخل من غير ذكر شئ اذا كان مفتحها فى الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف وله انها خارجة عن الحدود ومبنية على هواء الطريق فصار كالطريق فلايدخل الا بذكر الحقوق ونحوها (ولايدخل الطريق والمسيل) وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره (والشرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء فى بيع المسكن أو الارض (الا) أن يقول (بنحو كل حق) ونحوه لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلاتدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وفى الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشترى البيت فى الدار أو المنزل فى الدار أو المسكن فى الدار قال لايكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هوله أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق وقال قاضيخان رحمه الله تعالى اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لايدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلايدخل الا بذكر الحقوق فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لايستحق الطريق الا بحجة ولكن له أن يردها بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة

فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لوظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أومسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب (بخلاف الاجارة) حيث يدخل فيها هذه الاشياء اذا استأجر دارا أو أرضا لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء وكذا الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستحقاق)

وهو طلب الحق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر فى حق كافة الناس اذا اتصل بها قضاء القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة (لا الاقرار) يعنى ليس الاقرار بحجة متعدية الى الغير بل هو حجة قاصرة فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار اليه بقوله مبيعة ولدت فاستحقت الخ على ما يجىء وهو من مسائل الجامع الصغير ومنها أنه اذا اشترى عبدا ثم ظهر له مستحق بالبينة فانه يرجع على البائع بالثمن لانه يثبت بها الملك من الاصل فيتعدى الى الكل ولو أقر به المشترى لرجل انه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره قاصر عليه فيثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته فلا يظهر الاستحقاق فى حقه فى الرجوع بالثمن على البائع (والتناقض) فى الكلام (يمنع دعوى الملك) وهذا أيضا أصل لفروع كثيرة وموضعها فى كتاب الدعوى ومن صور ذلك ماذكره فى الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا يسمع دعواه لانه متناقض فى كلامه ولو كان الامر بالعكس يسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ماذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه وقال هو أخى لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ماذكره فيها ادعى عينا فى يدى انسان انها لفلان وكلنى بالخصومة فيها ثم ادعى انها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيها وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اه وانما يمنع التناقض فى الكلام دعوى الملك لان القاضى لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذ أحدهما ليس باولى من الآخر فسقطا (لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية) كالمكاتب اذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى فى العتق لانه أمر يجرى فيه الخفاء لانه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (و) لا يمنع أيضا دعوى (الطلاق) كالمرأة اذا اختلعت

من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا في الفتاوى الظهيرية مسئلة وهي أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه واشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشترى فقال ان أبي اشترى هذه الدار لى من نفسه في صغرى وهي ملكى وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعى انك متناقض في هذه الدعوى لان استئجارك الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح ان هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعى وان كان هذا تناقضا الا ان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه (و) لا يمنع أيضا دعوى (النسب) كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثانى وذلك لان النسب يبنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض (مبيعة) يعنى جارية مبيعة (ولدت) عند المشترى (فاستحقت) أى فظهر لها مستحق (ببينة تبعها) أى تبع المبيعة (ولدها) يعنى يأخذها المستحق مع ولدها لان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح (وان أقر) المشترى (بها) أى بالجارية (لرجل لا) يتبعها ولدها فيأخذ المقر له الجارية فقط لان الاقرار حجة قاصرة فيثبت بها الملك المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له وفي النهاية انما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر أنه له (وان قال عبد لمشتر) أى لرجل يطلب شراء عبد (اشترنى فانا عبد) لفلان (فاشترى) الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو) أى العبد (حر) أى ظهر حرا واذا هنا للمفاجأة فلذلك لا ينون (فان كان البائع حاضرا أو غاب) البائع (غيبة معروفة) يعنى يدرى أين هو (فلا شئ على العبد) لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) أى وان لم يدر البائع أين هو (رجع المشترى على العبد) بالثمن عند أبي حنيفة ومحمد لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على أمره واقراره أنه عبده اذ القول قوله في الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر (و) رجع (العبد على البائع) بالثمن اذا ظفر به لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين بتخليص الرهن وعند أبي يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو بالكفالة فلم يوجد واحد منهما فصار كما اذا قال اشترنى أو قال أنا عبده ولم يزد على ذلك فان قلت هذا مشكل على قول أبي حنيفة رضى الله عنه فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلت قيل ان كان في حرية الاصل فالدعوى ليست

بشرط عنده لتضمنها تحريم فرج الام لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه فى حرية الاصل فحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفى حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما فى عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا والجمهور على ان دعوى العبد شرط عنده فى الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه وهو العلوق فيعفى التناقض أما الحرية الاصلية فلأن الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو باسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم تبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر فى التناقض وأما فى العتق الطارئ فلأن المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر فى التناقض (بخلاف الرهن) بأن قال العبد ارتهنى فانى عبد فارتهن فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا لان الرهن ليس بمعاوضة ألا ترى انه يجوز فى موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو ضمن عقد المعاوضة (ومن ادّعى حقا) مجهولا (فى دار فصولح على مائة فاستحق بعضها) أى بعض الدار (لم يرجع) المدعى عليه (بشئ) على المدعى لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ فلا يرجع عليه بشئ (ولو ادّعى كلها) أى كل الدار فصولح على مائة فاستحق منها شئ (رجع) المدعى عليه على المدعى (بقسطه) أى بقسط المستحق لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض توضيحه اذا كانت الدار تساوى ألفا فوقع الصلح على مائة واستحق نصف الدار رجع عليه بخمسين درهما وعلى هذا

*هذا (فصل) فى بيع الفضولى (ومن باع ملك غيره) بغير أمره (فللمالك أن يفسخه) أى أن يفسخ البيع ان شاء (و) ان شاء (يجيزه) أى البيع (ان بقى العاقدان) وهما البائع الفضولى والمشترى منه (والمعقود عليه) وهو المبيع (و) المعقود (له) وهو المالك (و) المعقود (به) وهو الثمن (لو) كان (عرضا) والاصل فيه انّ كل تصرف من الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا ولا يقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد والا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعىّ لا تنعقد تصرفات الفضولى أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانه صادر عن غير ولاية شرعية ولنا حديث عروة بن أبى الجعد البارقى ان النبىّ صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى له شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخارى وأحمد وأبو داود ولو لم ينعقد لم يجوّزه النبىّ صلى الله عليه وسلم فان قلت نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق قلت الكلام فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح ولا يلزمنا والمراد من الحديث أن يبيع شيأ لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه فان قلت هذا غرر ونهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فيما رواه مسلم

قلت

قلت لانسلم انه غرر لانه يتوقف على اجازة المالك وانما شرط لصحة الاجازة بقاء أربعة
أشياء وهى المتعاقدان والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف فى العقود فلابد
من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض
يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه حينئذ أيضا واذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له
أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله
وان كان الثمن عرضا معينا كان ملكا للفضولى واجازة المالك بعده اجازة نقد لا اجازة عقد
فيجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا
لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير
واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل اذا تزوج امرأة على عبد
الغير صح وتجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا
فكذا هنا ثم للفضولى أن يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح
لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه (وصح عتق مشتر) عبدا (من غاصب) غصبه وباعه له
(باجازة) المالك (بيعه) أى بيع الغاصب وقال محمد لا يصح وهو القياس لانه لم يملكه وعند
الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان
المصحح للاعتاق ملك كامل ولهما أن الملك يثبت موقوفا فيترتب الاعتاق مرتبا عليه وينفذ
بنفاذه فصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع (لا) يصح
(بيعه) أى بيع المشترى من الغاصب باجازة المالك البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشترى
الاول وهو البائع الثانى ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك
البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) أى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند
المشترى فأجيز) أى البيع أى ثم أجاز مالكه البيع (فارشه) أى فارش يد العبد يكون (لمشتريه)
لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من
المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشترى (وتصدق) المشترى (بما زاد على نصف
الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة
فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد
على نصف الثمن فيه شبهة عدم الملك لما قلنا (ولو باع) شخص (عبد غيره بغير امره فبرهن
المشترى) أى أقام بينة (على اقرار البائع) الفضولى (أو) برهن المشترى على (رب العبد) أى
مالكه (انه) أى أن كل واحد من البائع أو مالك العبد (لم يأمر بالبيع) أى ببيع العبد المذكور
(واراد) المشترى (رد البيع) المذكور (لم يقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما
على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا
بطلت الدعوى لا يقبل ولا يشكل هذا بما ذكر فى الزيادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه
المشترى فدفع اليه ثم برهن على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل
بينته لان العبد فى يد المشترى هنا وهناك فى يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون
العين سالمة للمشترى فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك (وان أقر البائع) المذكور (بذلك) أى

بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) أي بطلان البيع لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما الا في حق رب العبد ان كذبهما وادّعى أنه كان بأمره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا أدّى رجع به على البائع ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لانّ النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما ولا يؤخره لحضوره ليحلف فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لانّ البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل للتناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل ولو ورثه البائع وغيره فان ادّعى الغير جحود المالك يسمع بخلاف شريكه البائع ولمشتريه أن يحلفه بالله ما يعلم أنّ المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا أقر المشتري بأنّ العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه في خصومته كي لا يصير البائع ساعيا في نقض ما أوجبه (ومن باع دار غيره) بغير اذنه (فادخلها المشتري في بنائه) ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري (لم يضمن البائع) الدار لانّ اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بدّ من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك والله اعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (السلم)

وهو بمعنى السلف لغة ويسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا وشرعا هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا وما قيل هو أخذ عاجل بآجل فاسد لانّ السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لم يرد شئ ولا ينعقد بلفظ البيع وبه قال زفر وعيسى بن أبان والشافعي في قول وفي رواية الحسن ينعقد وهي الاصح (ما) يعني كل شئ (أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره) وفي بعض النسخ ومعرفة قدره كمكيل وموزون ومذروع (صح السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال عليه الصلاة والسلام من أسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه البخاري ومسلم (وما لا) يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره (فلا) يصح السلم فيه لانه يفضي الى المنازعة ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله (فيصح) السلم (في المكيل) كالبر والشعير ونحوهما (والموزون) كالعسل والزيت ونحوهما وقيد بقوله (المثمن) احترازا من الدراهم والدنانير فانها موزونة ولكنها غير مثمنة بل هي اثمان فلا يجوز الاسلام فيها لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيها انعكس فاذا لم يقع

سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل والاول اصح وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان كالحنطة ونحوها وأما اذا أسلم فيهما الاثمان كالدراهم والدنانير فلا يجوز بالاجماع ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى البر والشعير بالميزان روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز وروى الحسن أنه لا يجوز وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا وعند مالك يجوز السلم فى الدراهم والدنانير (و) يصح فى (العددى المتقارب) كالجوز (والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم ولكنه انما يجوز من حيث العدد أو من حيث الكيل وقال زفر لا يجوز عددا لتفاوت آحاده ولنا ما قلنا وما ذكره من التفاوت مهدر عرفا وقيل لا خلاف فى جوازه عددا وانما الخلاف فى جوازه كيلا قيد بقوله المتقارب لانه لا يصح فى العددى المتفاوت كالبطيخ والرمان الا عند الشافعى يصح وزنا وعند مالك وأحمد يصح مطلقا وفى التحفة وأما العددى المتفاوت وتفسيره ما نقل عن أبى يوسف ما اختلف آحاده فى القيمة واتفق أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب والرؤس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيأ معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأتى بجميع شرائط السلم فالتحق بالمتقارب فيجوز وكذا السلم فى الجوالق والغرائر (والفلس) أى وكالفلس لانه عددى يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يصح لانه ثمن ما دام يروج وبه قال مالك وأحمد (واللبن) بكسر الباء وهو الطوب النىء (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء وهو القرميد والتقدير وكاللبن والآجر (ان سمى ملبن معلوم) لان آحادها لا تتفاوت اذا عينت الآلة واذا لم تعين لا يجوز لانه يفضى الى المنازعة (و) يصح السلم أيضا فى (الذرعى) أى الشىء الذى يذرع (كالثوب ان بين الذراع) من أى جنس الذرعان (والصفة) بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذى يسمى ملحما أو حرير ونحو ذلك (والصنعة) بانه عمل الشأم أو الروم أو نحوهما أو عمل زيد أو عمرو أو غيرهما لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه لا يصير معلوما الا به (لا) يصح السلم (فى الحيوان) لانه تتفاوت آحاده وقالت الثلاثة يجوز لانه يمكن معرفة جنسه وسنه ونوعه ووصفه بأن يقال عبد تركى اسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربعة وفى البعير ثنى أحمر من نعم بنى فلان غير ناقص الخلقة ويتعرض فى الخيل للسن واللون والنوع ويتعرض فى الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة كذا فى وجيز الشافعية (و) لا فى (اطرافه) كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش ثم قيل هذا قول أبى حنيفة وعندهما يجوز كما فى اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق وقال مالك يجوز عددا وبه قال أحمد والشافعى فى قول (و) لا فى (الجلود عددا) أى من حيث العدد للتفاحش فيه وقال مالك وأحمد يجوز وكذا على الخلاف فى الورق عددا الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم بالوزن فيهما (و) لا فى (الحطب) حال كونه (حزما) أى مشدودا بشدات كل شدة حزمة وهو بضم الحاء وفتح الزاى جمع حزمة وفى الجمهرة كل شىء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب (و) لا فى (الرطبة) وهى البرسيم سواء كان رطبا أو يابسا لا يجوز حال كونه (جرزا) أى مشدودة

بشدات كل شدة جرزة بضم الجيم وسكون الراء وفتح الزاى وجمعها اجرز وهى بالفارسية دسته وأما الجزز بكسر الجيم والزايين المعجمتين فهى جمع جزة وهى الصوف المجزوز وليس هذا موضعه والحالان المذكوران من الاحوال المنتظرة المؤولة بالاشتقاق فافهم ولو بين الحبل الذى يشد به الحطب أو عقده بالوزن وبيان الصفة والنوع فهو جائز وكذلك فى الرطبة اذا بين الصفة والوزن يجوز فافهم (و) لا فى (الجواهر) نحو الياقوت بأنواعه والبلخش والفيروزج ونحوها وعند مالك يجوز (و) لا فى (الخرز) نحو الجزع والعقيق والبلور ونحوها لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وكذلك لا يجوز فى اللآلئ الكبار ويجوز فى صغارها وزنا (و) لا يجوز أيضا فى (المنقطع) لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت وقال الشافعى يجوز فى المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لانه مقدور التسليم فيه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه غير مقدور التسليم لانه يتوهم موت المسلم اليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم فلا يجوز ولو انقطع عن أيدى الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس ماله (و) لا فى (السمك الطرى) لانه ينقطع عن أيدى الناس فى الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان فى بلد لا ينقطع فيه السمك جاز وزنا لا عددا وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى الكبار التى تنقطع كالسلم فى اللحم وفى شرح الطحاوى السلم فى السمك لا يخلو اما أن كان طريا أو مالحا ولا يخلو اما أن يسلم عددا أو وزنا فان أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد فى حينه والاجل فى حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا (وصح) السلم (وزنا) أى من حيث الوزن (لو) كان السمك (مالحا) لان المالح وهو القديد لا ينقطع عن أيدى الناس وفى الايضاح الصحيح فى الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفى الكبار روايتان (و) لا يصح أيضا فى (اللحم) عند أبى حنيفة وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وبه قالت الثلاثة وله أنه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة وفى منزوع العظم روايتان عن أبى حنيفة فى رواية الحسن بن زياد يجوز وفى رواية ابن شجاع لا يجوز لانه يختلف بالسمن والهزال فان قلت اللحم مثلى أو قيمى قلت قيمى عند أبى حنيفة ألا ترى الى ما قال فى الجامع الكبير لو أن رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم وقال أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير قول محمد فى هذه المسئلة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلى الا فى هذا الموضع يعنى فى الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع

الاستقراض

الاستقراض وزنا أيضا وذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله أن اللحم مضمون بالمثل والله أعلم (و) لا يصح أيضا (بمكيال) معين لا يعرف قدره (أو ذراع لم يدر قدره) لانه يحتمل أن يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا واذا كانا معلومي المقدار يجوز ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وأما الجراب والزنبيل فلا يجوز الكيل بهما وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل (و) لا يجوز أيضا في (بر قرية) بعينها (او تمر نخلة معينة) لاحتمال أن تعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما (وشرطه) أي شرط جواز السلم تسعة أشياء ذكر الشيخ منها ثمانية الاول (بيان الجنس) كالحنطة والتمر وقيل بيان الجنس كقوله قمح صعيدي أو بحيري هذا ليس بصحيح بل بيان الجنس ما ذكرناه والذي ذكره هذا القائل هو النوع (و) الثاني بيان (النوع) كالسهلية والجبلية في الحنطة والبرني والمكتوم في التمر (و) الثالث بيان (الصفة) كالجيد والرديء والوسط (و) الرابع بيان (القدر) كقوله عشرة اكرار في المكيلات وعشرة ارطال في الموزونات وعشرة أعداد في المعدودات (و) الخامس بيان (الاجل) كقوله الى شهر ونحوه وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه الصلاة والسلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث الى أجل معلوم وأما تقديره فالى المتعاقدين وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم وعن الكرخي أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل في مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والفتوى على ما ذكره الشيخ بقوله (وأقله) أي أقل الاجل في السلم (شهر) روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل (و) السادس بيان (قدر رأس المال) اذا كان العقد يتعلق على مقداره كما (في المكيل والموزون والمعدود) هذا عند أبي حنيفة وقالا لا يحتاج الى ذلك اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة كما في الثمن والاجرة وله أن جهالة قدر رأس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس العقد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله (و) السابع بيان (مكان الايفاء) أي ايفاء المسلم فيه (فيما) أي في الذي (له حمل) ومؤنة (من الاشياء) عند أبي حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد كما في البيع وبه قالت الثلاثة وله أنه قد يعجز عن أداء المسلم فيه فيتفقان على الفسخ وقيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فاذا لم يتعين المكان أفضى الى المنازعة (وما) أي والذي (لا حمل له) كالمسك والزعفران وما أشبههما (يوفيه) المسلم اليه (حيث شاء) لعدم الاحتياج الى بيان مكان الايفاء فيه بالاجماع (و) الشرط الثامن (قبض رأس المال قبل الافتراق) أي قبل افتراق المتعاقدين لان السلم هو أخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق كما في الصرف ولا فرق بين أن يكون رأس المال مما يتعين أولا ولهذا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين وعند مالك لو ترك قبض رأس المال يوما أو يومين جاز لانه يعد عاجلا عرفا والشرط التاسع الذي لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل

المسلم فيه وفى الغاية شرائط صحة السلم سبعة عشر ستة فى رأس المال واحد عشر فى المسلم فيه أمّا الذى فى رأس المال فأحدها بيان الجنس انه دراهم أودنانير أومن سائر الموزونات كالحديد والقطن أومن المكيلات كالحنطة والشعير الثانى بيان النوع أنها بخارية أوسمرقندية اذا كان فى البلد نقود مختلفة الثالث بيان الصفة من الجودة والرداءة والوسط الرابع اعلام قدر رأس المال وقد مرّ بيانه الخامس كون الدراهم والدنانير منتقدة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط وهذا بناء على مسئلة أخرى وهو أنّ المسلم اليه اذا وجد أكثر رأس المال زيوفا فردّه واستبدل فى مجلس الردّ يفسد السلم فى المردود عند أبى حنيفة خلافا لهما واشتراط الانتقاد احترازعن الفساد وهما لم يشرطاه السادس تعجيل رأس المال وقبضه قبل الافتراق بأبدانهما سواء كان رأس المال عينا أودينا وقال مالك لايشترط تعجيله ان كان عينا وان كان دينا يشترط فى قول وفى قول يجوز يوما أو يومين وفى الصرف يشترط قبل الافتراق بأبدانهما اجماعا سواء كان عينا كالتبر والمصوغ أودينا كالدراهم والدنانير وأمّا التى فى المسلم فيه فاحدها بيان الجنس والثانى بيان النوع والثالث بيان الصفة والرابع اعلام قدر رأس المسلم فيه أنه كرّ أوقفيز بكيل معروف عند الناس والخامس أن لايشمل البدلين أحد وصفى علة ربا الفضل وهو القدر المتفق أو الجنس لانّ حرمة النساء تتحقق به والسادس أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لايجوز السلم فى الدراهم والدنانير وفى التبر لايجوز على قياس كتاب الصرف لانه ألحقه بالمضروب ويجوز على قياس رواية كتاب الشركة لانه ألحقه بالعروض وهو رواية عن أبى يوسف والسابع الاجل والثامن أن لاينقطع والتاسع أن يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط والعاشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة والحادى عشر كون المسلم فيه مضبوطا بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والذرعى والعددى المتقارب والله أعلم (فان اسلم) رجل الى اخر (مائتى درهم فى كرّ برّ) والكرّ بضم الكاف وتشديد الراء ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وقيل الكرّ أربعون قفيزا وانتصاب (مائة) على الحال وقوله (دينا عليه) صفة المائة أى على المسلم اليه (ومائة) عطف عليه وقوله (نقدا) صفته أى ومائة منقودة وهذا من قبيل قولهم خذوا هذا المال فاقسموه درهما درهما أى مقسوما بهذه القسمة وكذلك التقدير ههنا أسلم مائتى درهم فى كر برمقسومة بهذه القسمة أعنى مائة منها دين فى ذمة المسلم اليه ومائة نقدها رب السلم وفى عامة النسخ مائة دين عليه ومائة نقد بالرفع فيهما فوجهه أن يكون خبر مبتدا محذوف أى منها مائة دين ومنها مائة منقودة واذا كان كذلك (فالسلم فى) حصة (الدين باطل) لانه دين بدين وصح فى حصة النقد لوجود قبض رأس المال فى المجلس بقدره ولايشيع الفساد لانه طار اذ السلم وقع صحيحا فى الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح فى الكل وعند زفر السلم باطل فى الكل لسريان الفساد ولنا ما بينا (ولايصح التصرف) للمسلم اليه (فى رأس المال و) لالرب السلم فى (المسلم فيه قبل القبض) أى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة أوتولية) لانّ المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ولرأس المال شبه بالمبيع فلايجوز التصرف قبل القبض ففى التولية تمليكه بعوض وفى الشركة تمليك بعضه بعوض فلايجوز (فان تقايلا) أى رب السلم

والمسلم اليه السلم بعد عقده ثم أراد رب المال أن يشترى برأس المال شيأ قبل القبض لا يجوز وهو معنى قوله (لم يشتر) أى رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيأ) بحكم الاقالة وقال الشافعى وزفر يجوز قياسا لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ولنا وهو الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال (ولو اشترى المسلم اليه كرا) من الحنطة وكان رب السلم أسلم اليه فى كر حنطة (وأمر رب السلم بقبضه) أى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه (قضاء) أى لاجل القضاء عما عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح) لان هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين الذى اشترى منه وصفقة بينه وبين رب السلم وكلاهما شرط الكيل فيه فلم يوجد فلا يصح (وصح لو) كان الكر (قرضا) بأن أقرضه كرا من الحنطة ثم ان المستقرض اشترى كرا من غيره وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة فكان المقبوض عين حقه تقريرا فلم يكن استبدالا (أو أمره) أى أو أمر المسلم اليه رب السلم (بقبضه) أى بقبض الكر (له) أى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) أى لنفس رب السلم بأن يعيد الكيل ثانيا (ففعل) أى رب السلم ذلك بأن اكتال أولا لاجل المسلم اليه ثم اكتال ثانيا لنفسه فانه يصح ويكون ذلك قضاء لحقه لوجود شرط الصفقتين وهو الكيل فيهما (ولو أمره) أى المسلم اليه رب السلم (أن يكيله) أى المسلم فيه (فى ظرفه) أى فى ظرف رب السلم (ففعل) المسلم اليه بأن كاله فى ظرفه (و) الحال أنه (هو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) لحقه وفى بعض النسخ لم يكن قبضا أى لا يكون ذلك قبضا لرب السلم لحقه لان حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (بخلاف المبيع) بأن اشترى برا معينا ودفع الى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البائع ذلك والمشترى غائب صح ويكون قضاء لحقه لان المشترى ملك البر بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما فكان الواقع فيه واقعا فى يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه فى البحر ففعل يكون على الآمر فى الشراء ويتقرر الثمن عليه وفى السلم على المأمور لما قلنا فان قلت البائع لا يصلح أن يكون وكيلا فى القبض حتى لو وكله به نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور أن يكون وكيلا له هنا قلت لما صح أمره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وان أمره أن يكيله ويجعله فى ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا فى يد المشترى فصار كما لو أمره أن يجعله فى ناحية من بيت البائع (ولو أسلم) رجل الى رجل (أمة فى كر) بر مثلا (وقبضت الامة) يعنى قبضها المسلم اليه (فتقايلا) السلم (ثم ماتت) الامة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الاقالة

قوله لان هنا صفقتان كذا بخطه اهـ من هامش

(أوماتت) الامة (قبل الاقالة) ثم تقايلا بعدموتها (بقى) التقايل أى الاقالة على حالها فى المسئلة الاولى (وصح) أى التقايل أى الاقالة بعدموتها فى الثانية (و) يجب (عليه) أى على المسلم اليه (قيمتها) أى قيمة الامة يوم قبضها الان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقودعليه والمعقودعليه فى السلم هوالمسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعدهلاك الامة فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه ردّ الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها (وعكسه) أى عكس الحكم المذكور وفى بعض النسخ وعكسها أى عكس مسئلة السلم (شراؤها) أى شراء الامة (بألف) فالحكم فيها لوماتت الامة بعد الاقالة قبل القبض بطلان الاقالة ولو تقايلا بعدهلاكها ابتداء لايصح لانّ المعقودعليه فيه هى الامة فلا تصح الاقالة بعدهلاكها ابتداء ولاتبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاوّل بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة فيه ابتداء بعدهلاك أحدهما ولاتبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقودعليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما والحاصل أن هذا الجنس منقسم على أربعة أقسام الاوّل الاقالة فى السلم الثانى الاقالة فى بيع المقايضة الثالث الاقالة فى بيع العين بالثمن وقدذكرنا حكم هذه الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف وحكمه أنهما اذا تقايلا فيه بعدهلاك أحد البدلين أوكلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لانّ المعقودعليه فى الصرف ماوجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غيرمعين فلا يتصوّرهلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة (والقول لمدعى الرداءة) بأن قال هوشرطنا طعاما رديئا وقال الآخر لم نشترط شيأ (و) لمدعى (التأجيل) بأن قال هوشرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيأ لانه يدعى الصحة اذ السلم لايجوز الامؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له (لا) أى ليس القول (لنافى الوصف) وهو الرداءة (و) لنافى (الاجل) والاصل فيه انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبى حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم دراهم الى رجل فى كرّ حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديئا وقال رب السلم لم نشترط شيأ كان القول قول المسلم اليه لانّ رب السلم متعنت فى انكاره الصحة وفى عكسه بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عند أبى حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن أجل وقال رب السلم له أجل كان القول لرب السلم عندهم لانّ المسلم اليه متعنت فى انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا وفى عكسه بأن ادّعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبى حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول قوله (وصح السلم) بالاجماع (والاستصناع) خلافا لزفر والثلاثة وهو أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيأ بثمن معلوم وصورته ماقاله صدر الاسلام البزدوى فى مبسوطه وهو أن يجىء انسان الى اسكاف فيقول له اخرز لى خفين ويبين له صفتهما وقدرهما ويبين الثمن أو يجىء الى صفار ويقول له صغ لى آنية من صفر ويبين له قدره وصفته وجنسه ونوعه ويبين الثمن ثم

قوله أو كلاهما كذا بخطه اه من هامش

الاستصناع على نوعين استصناع فيما ليس فيه تعامل وهو فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو طلب من الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده واستصناع فيه تعامل كما اذا استصنع (فى نحو خف وطشت وقمقم) وغير ذلك من الاوانى أما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت شرائطه فيه وأما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والثلاثة ولكن ترك العمل به بما ذكرناه ثم الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطى ولهذا يثبت الخيار فيه لكل منهما والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البردعى هو العمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وللمستصنع الخيار وهو لا يثبت الا فى العين وانما يبطل بموت أحدهما لان له شبها بالاجارة وفى الفتاوى الصغرى لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجرة وان شرط التعجيل فان قبض الصانع الدراهم ملكها فيبطل الاستصناع بموت الصانع ونقله عن بيوع خواهرزاده شمس الائمة (وله) أى للمستصنع (الخيار اذا رآه) أى اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه دين فى الذمة ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن أبى حنيفة انه له الخيار أيضا وعن أبى يوسف ان لا خيار لواحد منهما والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع (وللصانع بيعه) أى بيع المصنوع (قبل أن يراه) المستصنع لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع فقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه واذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه لانه ثبت اللزوم فى حقه (ومؤجله) أى مؤجل الاستصناع (سلم) عند أبى حنيفة وقالا ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لانهما عقدان مختلفان اسما وحكما فلا ينعقد أحدهما بالآخر وله انه أمكن تصحيحه سلما وأمكن تصحيحه استصناعا وجعله سلما أولى لانه عقد جاءت به السنة والاستصناع ثبت باصطلاح الناس لا بالحديث وفائدة الخلاف أنه يشترط عنده جميع شرائط السلم كقبض رأس المال قبل الافتراق وغيره ثم المراد ما يصلح أن يكون أجلا فى السلم وقد بيناه قدره فيما مضى وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بأن قال على أن تفرغ عنه غدا أو بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم وعن الهندوانى ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما

* هذه (مسائل متفرقة) من أبواب شتى (صح بيع الكلب) لانه مال متقوم آلة للاصطياد كالبازى وعند الشافعى لا يجوز بيعه أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وبه قال أحمد ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

رواه الدارقطني وفي رواية الا كلب الضاري والمعلم وما رواه محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام أمر بقتل الكلاب ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلماً أو قابلا للتعليم وعن أبي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية واذا أتلف رجل كلب رجل يضمن عندنا قيمته خلافا للشافعي (و) صح بيع (الفهد والسباع والطيور) لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وكذا يصح بيع الفيل لانه ينتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول وبيع الهر جائز لانه ينتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فلا يجوز بيعه وعن أبي حنيفة لا يجوز بيع الاسد الكبير ويجوز بيع الجرو وعند بعض أصحابنا ونقل في بيوع الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد لا ينبغي لاحد أن يتخذ كلبا في داره الا أن يخاف من لصوص أو غيرهم فلا بأس بأن يتخذه وكذلك الاسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين فكل ما جاز لنا من البياعات كالصرف والسلم ونحوهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلمين على العصير والشاة لانهما أعز الاموال عندهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (ولو قال) شخص لغيره (بع عبدك من زيد) مثلا (بألف) درهم (على انى ضامن لك مائة) درهم (سوى الالف) الثمن (فباع) الرجل عبده بهذا الشرط (صح) البيع (بالف) درهم (وبطل الضمان) بالمائة لانها ليست من الثمن بل هو التزام للمال ابتداء وهو رشوة لان يبيعه وهو حرام فلا يصح (وان زاد) هذا القائل كلمة (من الثمن) بأن قال لغيره بع عبدك من زيد مثلا بالف درهم على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف صح البيع (فالالف) يجب (على زيد والمائة) تجب (على الضامن) لان الزيادة كما تجوز من المشتري وان لم يسلم بمقابلتها شئ تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شئ فصار كبدل الخلع حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شئ لمقابلة البدل لكن من شرط صحة الزيادة المقابلة صورة فاذا قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة أصلا ولا يلزمه وقد مر أصل هذا ثم اذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويؤخذ الشفيع بالالف ولو تقايلا فللاجنبي أن يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره ولو رده بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد

وأما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشترى أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشترى جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشترى (ووطء زوج) الامة (المشتراة قبض) للامة صورته اشترى أمة وزوجها المشترى قبل القبض صح النكاح لوجود الملك فى الرقبة على الكمال بخلاف البيع حيث لا يجوز فاذا جاز النكاح فان وطئها كان قابضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا وهو معنى قوله (لا عقده) يعنى ليس عقد زوج الامة المشتراة بقبض لانه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصا فى الذات وان كان القياس أن يكون قبضا بنفس التزوج لانه تعيب حكمى بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا (ومن اشترى عبدا فغاب) أى المشترى قبل القبض (فبرهن البائع) أى أقام بينة (على بيعه) أى على أنه باع هذا العبد من فلان وأنه غاب قبل أن ينقد الثمن (و) الحال (ان غيبته معروفة) وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه (لم يبع) العبد أى لم يبعه القاضى (لدين البائع) لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (والا) أى وان لم يكن غيبته معروفة بأن لم يدر أين هو (بيع) أى العبد أى باعه القاضى (لدينه) أى لدين البائع لان القاضى نصب ناظرا للعاجزين ونظرهما فى بيعه لان البائع يصل به الى حقه والمشترى تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فان قلت القضاء على الغائب لا يجوز قلت ليست بينة البائع هنا للقضاء على الغائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال فان قلت هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع قلت ليس هذا البيع بمقصود هنا لان المقصود احياء حقه وفى ضمنه يصح بيعه والشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا وقيل يوكل القاضى من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن ثم اذا بيع وأوفى ثمنه فان فضل شئ من دينه يمسك للمشترى الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقى شئ منه تبع البائع اذا ظفر به (ولو غاب احد المشتريين) بان اشتريا شيأ فغاب أحدهما قبل القبض يجوز (للحاضر دفع كل الثمن وقبضه) أى قبض المبيع كله (و) له أيضا (حبسه) أى حبس المبيع عن شريكه اذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن عندهما وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه والخلاف فى مواضع أحدها فى قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثانى فى حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث فى الرجوع عليه بما ادى والرابع فى اجبار البائع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا والخامس فى اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا لابى يوسف أن الحاضر قضى دينا على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر على المتبرع ولا رجوع فى التبرعات وهو أجنبى عن نصيبه فلا يقبضه وبهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولهما أن الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفى كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار فافهم (ومن باع امة بألف مثقال ذهب وفضة فهما) أى الذهب والفضة (نصفان) يعنى يجب خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة

مثقال فضة لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد نصف لعدم الاولوية بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل منهما وعلى هذا لو قال على كرّ حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته فى المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره فى الموزون والمكيل والمعدود والمذروع (وان قضى زيف) وهو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار (عن جيد) بأن كان له دراهم جياد على رجل فقضاه زيوفا وهو لا يدرى (وتلف) أى الزيف عنده بأن هلك أو أنفقه ثم علم بالعيب (فهو قضاء) لحقه فلا يكون له غيره عندهما وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حقه يراعى من حيث الوصف كما يراعى من حيث القدر الا أنه لما تعذر عليه الرجوع بالجودة رد مثل المقبوض ويرجع بالجياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولكن لم يبق له الا الجودة وهى لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس (وان أفرخ طير) أى أخرج فرخه من بيضه فى أرض رجل (او باض) طير فى أرض رجل (او تكنس ظبى) أى استتر (فى ارض رجل) ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ويروى تكسر أى تكسر رجله وانما قيد به لانه لو كسره أحد لكان له (فهو) أى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه هذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له الا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم وغيرها فى ثيابه بخلاف معسل النحل فى أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة فيها والتراب المجتمع فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة وفى الغاية لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر البيت فجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء قال له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله أن يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترده وفى العيون لو أن صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا اخرج منه فهو لمن أخذه (ما) أى الذى (يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) أربعة عشر شيأ على ما ذكره الشيخ الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو باع دارا على أن يسكنها شهرا فالبيع فاسد كما مر (و) الثانى (القسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهذا فاسد وصورة تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيفسد بالشرط الفاسد (و) الثالث (الاجارة) بأن اجر داره بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو أجره اياها ان قدم زيد (و) الرابع (الاجازة) بالزاى المعجمة بأن باع فضولى عبده فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الى أو علق اجازته بشرط لان الاجازة بيع معنى (و) الخامس (الرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضينى

…عبده كذا بخط
…نف ولعله بأن
…ولى عبد الغيره
…المالك أجزته
اه من هامش

كذا

كذا أو ان قدم زيد لأنها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا
لا يجوز تعليقها أيضا (و) السادس (الصلح عن مال) بمال بأن قال صالحتك على أن تسكنني
في الدار سنة مثلا أو ان قدم زيد لانها معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن
الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى
يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط
(و) الثامن (عزل الوكيل) بأن قال لوكيله عزلتك على أن تهدي لي شيأ أو ان قدم فلان لانه ليس
مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط (و) التاسع (الاعتكاف) بأن قال علي أن أعتكف ان شفى
الله مريضي أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط
(و) العاشر (المزارعة) بأن قال زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة
فلا يصح تعليقها بالشرط كالاجارة (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال
ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة أيضا (و) الثاني عشر
(الاقرار) بأن قال لفلان علي كذا ان أقرضني كذا أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا
يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما اذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على أنه فعل
ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما يجيء ان شاء الله تعالى (و) الثالث
عشر (الوقف) بأن قال وقفت داري ان قدم فلان أو وقفت داري عليك ان أخبرتني بقدوم
فلان لانه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط (و) الرابع عشر (التحكيم) بأن قال
المحكمان اذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند
أبي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى زمان فصار كالوكالة والامارة والقضاء
وله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصلح تعليقه ولا اضافته وباعتبار
أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال (وما) أي والذي (لا يبطل بالشرط الفاسد) سبعة
وعشرون شيأ على ما ذكره الاول (القرض) بأن قال أقرضتك المائة هذه بشرط أن تخدمني
شهرا مثلا فانه لا يبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة
المالية وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة (و) الثاني
(الهبة) بأن قال وهبت لك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي (و) الثالث (الصدقة) بأن
قال تصدقت عليك بهذه المائة على أن تخدمني جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بأن قال تزوجتك
على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما عرف في موضعه
(و) الخامس (الطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري (و) السادس (الخلع) بأن قال
خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع
(العتق) بأن قال أعتقتك على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام (و) الثامن (الرهن) بأن قال رهنت
عندك عبدي بشرط أن أستخدمه (و) التاسع (الايصاء) بأن قال أوصيت اليك على أن تتزوج
ابنتي (و) العاشر (الوصية) بأن قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان (و) الحادي عشر
(الشركة) بأن قال شاركتك على أن تهدي كذا (و) الثاني عشر (المضاربة) بأن قال ضاربتك
في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان (و) الثالث عشر (القضاء) بأن قال

الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا (و) الرابع عشر (الامارة) بأن قال الخليفة وليتك امارة الشأم مثلا على أن لا تركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل امارته لهذا (و) الخامس عشر (الكفالة) بأن قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا (و) السادس عشر (الحوالة) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع على عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بأن قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عما لك على (و) الثامن عشر (الاقالة) بأن قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا (و) التاسع عشر (الكتابة) بأن قال المولى لعبده كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو على أن لا تعامل فلانا أو على أن تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وذلك لان هذا الشرط غير داخل في صلب العقد وأما اذا كان داخلا في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ماعرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بأن قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر في كذا فان اذنه يكون عاما في التجارات والاوقات ويبطل الشرط (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بأن قال لامته التي ولدت منه هذا الولد مني ان رضيت امرأتي بذلك (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيأ فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط (و) الثالث والعشرون (الصلح عن الجراحة) بأن صالح عن جراحة بشرط اقراض شئ أو اهداء شئ (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بأن قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بالعيب) بأن قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك ان شاء فلان مثلا (و) السادس والعشرون تعليق الرد (بخيار الشرط) بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الاشياء كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة ثم اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هنا ثلاثة أشياء الاول ما يبطل بالشروط الفاسدة الثاني ما لا يبطل بها الثالث ما لا يصح تعليقه بالشروط وبقي هنا ثلاثة أقسام أخرى الاول ما يجوز تعليقه بالشرط وهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة الثاني ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان وهو أربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والعتق والقضاء والامارة والطلاق والوقف والثالث ما لا يصح اضافته الى الزمان وهو تسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصرف)

وهو

وهو النقل لغة ولهذا سمي من يتصرف في النقد بالنقل صرافا وصيرفا وصيرفيا ويجيء بمعنى الفضل أيضا ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض وفي الشرع (هو) أي الصرف (بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه ثم شرع يبين حكمه بالفاء التفصيلية بقوله (فلو تجانسا) أي النقدان بأن يبيع أحدهما بجنس الآخر كالذهب بالذهب والفضة بالفضة (شرط التماثل) أي التساوي (والتقابض) قبل الافتراق (وان اختلفا) واصل بما قبله أي وان اختلف المتجانسان (جودة) أي من حيث الجودة (وصياغة) أي من حيث الصياغة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وآخرون ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن يكون القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما أو أغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه (والا) أي وان لم يكونا من جنس واحد (شرط التقابض) فقط لما روينا (فلو باع الذهب بالفضة) بيعا (مجازفة صح) البيع لاختلاف الجنس لكن (ان تقابضا في المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا وان افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولو باع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب مجازفة ثم علم تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح خلافا لزفر (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) أي قبل قبض الثمن ثم أوضح ذلك بالفاء بقوله (فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب) لان في تجويزه فساد القبض المستحق بالعقد وعن زفر يجوز لان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ (ولو باع أمة مع طوق) في عنقها من فضة (قيمة كل) واحد من الامة والطوق (ألف) مثقال (بألفين) أي بألفي مثقال (ونقد) المشتري (من الثمن ألفا فهو) أي الالف المنقود (ثمن الطوق) لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف فيصرف اليه تصحيحا للعقد والمتأخر الى الامة قال الشارح وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل ألف أي ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت ثم قال الشارح بعد ذلك الا اذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهبا أو بالعكس قلت بين ذلك لاحد شيئين اما البيان انقسام الثمن على المثمن واما للاشارة الى أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان الطوق فضة والثمن ذهبا أو بالعكس (وان اشتراها) أي الامة (بألفين ألف نقد وألف نسيئة) بالجر فيهما على أنه بدل من ألفين ويجوز الرفع فيهما على أنه خبر مبتدا محذوف أي هما ألف نقد وألف نسيئة أو مبتدأ والخبر محذوف أي منهما ألف نقد وألف

نسيئة والمعنى أنه اشتراها بألف حالة وألف مؤجلة (فالنقد) وهو الالف الحالة (ثمن الطوق) لما ذكرنا ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع فى الجميع عند أبى حنيفة وقالا يفسد فى الطوق دون الجارية (وان باع سيفا حليته خمسون) أى تساوى خمسين درهما والباء فى قوله (بمائة) تتعلق بقوله باع أى باع بمائة درهم (ونقد) المشترى من الثمن (خمسين) درهما (فهو) أى الخمسون (حصتها) أى حصة الحلية تحريا للجواز (وان لم يبين) المشترى أنه حصتها (أو قال) المشترى خذ الخمسين (من ثمنهما) أى من ثمن السيف والحلية لان التثنية قد تذكر ويراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسى أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما (ولو افترقا) أى المتعاقدان فى السيف (بلا قبض) شئ (صح) البيع (فى) حصة (السيف) لعدم اشتراط القبض فيما يخصه (دونها) أى دون الحلية لان حصة الصرف يجب قبضه (ان تخلص) السيف (بلا ضرر) هذا شرط جواز البيع فى السيف لانه اذا كان يتخلص بدون الضرر يقدر على تسليمه فيصير حينئذ نظير بيع الجارية مع الطوق (والا) أى وان لم يتخلص السيف الا بضرر (بطلا) أى البيعان بيع الحلية وبيع السيف لانه يصير حينئذ كبيع جذع من سقف وفى المحيط هذا اذا علم أن الفضة التى هى الثمن أكثر مما فى الحلية والطوق وان علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز خلافا لزفر (ولو باع اناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض بعض ثمنه وافترقا) أى المتعاقدان (صح) البيع (فيما قبض) لانه صرف يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طار (والاناء مشترك بينهما) أى بين العاقدين ولا يثبت للمشترى خيار العيب بالشركة لانها حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق (وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى ما بقى) بعد حصة المستحق (بقسطه) أى بحسابه (أورد) البيع لان الشركة فى الاناء عيب لان التشقيص يضره فيثبت له الخيار والفرق بين المسئلتين ان الشركة فى الاولى من جهة المشترى كما بينا وهنا كانت موجودة عند البيع مقارنة له فافهم (ولو باع قطعة نقرة) وهى قطعة فضة مذابة كذا فى تهذيب الديوان فعلى هذا تكون الاضافة فيه من قبيل اضافة الجنس الى النوع والنقرة أيضا حفرة فى الارض غير كبيرة ونقرة القفا كذلك (فاستحق بعضها) أى بعض النقرة (أخذ) المشترى (ما بقى) بعد حصة المستحق (بقسطه) أى بحسابه (بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء كما ذكرنا لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بأن يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والشافعى ومالك وأحمد فى رواية لا يجوز هذا العقد أصلا لانه مقابلة اشتملت على مقابلة الجنس وبخلافه فلا يجوز (و) صح أيضا بيع (كر بر وشعير بضعفهما) بأن يبيعهما بكرى بر وكرى شعير فيجعل كر ابر بكرى شعير وكرا شعير بكرى بر وفيه خلاف زفر والشافعى أيضا والتعليل من الجانبين ما مر (و) صح أيضا بيع (أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) فيجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد (و) صح أيضا بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام وهو الذى يرده بيت المال ويقبله التجار وقال بعضهم دراهم غلة أى منكسرة (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لانهما جنس واحد

قوله فنسيا كذا بخط المصنف ومثله فى الزيلعى والكافى والتلاوة بدون الفاء اهـ من هامش

فيعتبر

فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف وفيه خلاف زفر والشافعى أيضا (و) صح أيضا بيع (دينار بعشرة) هى دين (عليه) أى على البائع (أو) باعه (بعشرة مطلقة) يعنى لم يقل بالعشرة التى عليه (ودفع) البائع (الدينار) الى المشترى (وتقاصا العشرة) التى هى الثمن (بالعشرة) التى هى دين وكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين أحد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين ساقط وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف فلا يجوز وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة اقتضاء ولا فرق بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سبب والاول هو الاصح وهنا صورة أخرى وهى ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على البائع بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان فى المجلس ففيه روايتان فى رواية أبى حفص لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسى وقاضى خان وفى رواية أبى سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابى (وغالب الفضة و) غالب (الذهب فضة وذهب) وهو من قبيل اللف والنشر المرتب ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (حتى لا يجوز بيع) الفضة (الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الامتساويا وزنا) أى من حيث الوزن (ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) لانهما لا يخلوان عن قليل غش للانطباع فيكون الحكم للغالب (وغالب الغش) من الذهب والفضة (ليس فى حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب فى الشرع ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (فصح بيعها) أى بيع غالب الغش وانما أنث الضمير باعتبار الفضة (بجنسها) أى بالمغشوش مثلها بيعا (متفاضلا) سواء كان عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش (والتبايع) بالرفع عطف على قوله فيصح بيعها بجنسها أى وصح التبايع أى البيع والشراء (والاستقراض بما) أى بالذى (يروج) من غالب الغش من الذهب والفضة (عددا) أى من حيث العدد (أو وزنا) أى من حيث الوزن (أو بهما) أى بالعدد والوزن ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانهما لما كان الغالب فيهما الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادة الناس حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما (ولا يتعين) غالب الغش (بالتعيين) يعنى ما دامت تروج (لكونهما) أى لكون الذهب والفضة اللذان غلب عليهما الغش (أثمانا) بالاصطلاح فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى (ويتعين) غالب الغش (بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية

وهو الاصطلاح فتصير سلعة فتتعين به (والمتساوى) يعنى الذى استوى غشه وفضته أو غشه
وذهبه حكمه (كغالب الفضة) وغالب الذهب (فى التبايع والاستقراض) حتى لا يجوز البيع
بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا تتعين الا بالتعيين (و) حكمه (فى الصرف
كغالب الغش) أى كحكم فضة غلب عليها الغش أو ذهب غلب عليه الغش حتى اذا باعها
بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما
فيه من الفضة ويشترط التقابض لانه صرف لوجود الفضة من الطرفين (ولو اشترى به) أى
بغالب الغش (أو) اشترى (بفلوس نافقة) أى رائجة ماشية (شيأ وكسد) كل واحد من
المذكورين (بطل البيع) عند أبى حنيفة فيجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا
وعندهما البيع صحيح وبه قالت الثلاثة ثم قال أبو يوسف عليه قيمته يوم باع وبه يفتى وقال محمد
عليه قيمته آخر ما تعامل الناس به وهو أحد قولى الشافعى لهما ان القبض مضمون فالكساد
هالك فصار مضمونا بقيمته الا ان أبا يوسف نظر الى انه يجب القيمة عند البيع لانه مضمون بالبيع
ومحمدا عند الانقطاع لانه حينئذ يتحول الى القيمة فيتعين يومئذ وله ان الثمنية تهلك بالكساد
لانها ثابتة بالاصطلاح واذا بطلت بقى بيعا بغير ثمن فيبطل العقد وكذا على الخلاف اذا انقطعت
عن أيدى الناس وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كان يروج فى بعض البلاد
لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته
وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان كان يوجد فى يد الصيارفة وفى البيوت وفى الفتاوى
الصغرى تفسير الكساد ان لا تروج فى جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما
الكساد فى بلدة يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين
عندهما يجوز اعتبارا الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا
لو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفى المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة فاستوفى
الدراهم فقبل أن يدفع الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق
القبض له (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) العاقد لانها أموال معلومة وصارت ثمنا
بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب فى الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت
ثمنا بالاصطلاح وله أن يعطيه غيرها (و) البيع (بالكاسدة) أى بالفلوس الكاسدة (لا) يصح
(حتى يعينها) لانها سلع فلا بد من تعيينها وفى شرح الطحاوى ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض
الفلوس أو الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك
ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع
استحسانا وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها
بمنزلة عيب فيها والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت
الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الثمن ولو
اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد
البيع وله أن يرد المبيع اذا كان قائما أو قيمته أو مثله ان كان هالكا وروى عن أبى يوسف انه
قال عليه قيمة الفلوس لا يفسد البيع (ولو كسدت أفلس القرض) بأن استقرض فلوسا

ثم كسدت (يجب) عليه عند أبي حنيفة (ردّ مثلها) أي مثل الكاسدة وعندهما يجب عليه ردّ قيمتها فعند أبي يوسف رد قيمتها يوم قبضها وعند محمد يوم كسادها لهما في وجوب القيمة انّ في الكساد تعذر ردّها بوصفها فيجب قيمتها ثم اختلافهما في وجوبها يوم القبض والكساد فرع للاختلاف في غصب المثلي اذا انقطع وسيأتي ان شاء الله تعالى وله انّ المستقرض ملكها ضرورة الانتفاع بها ثم وجب ردّ المثل لتكون العين مردودة حكما والوصف لا يراعى في العين لصحة الردّ وان كانت قائمة يرد عينها بالاجماع (ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) الشراء وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز جميع ذلك الا بالعدد تحرزا عن جهالة الثمن ولنا ان ما يباع من الفلوس بين الناس بنصف درهم ونحوه معلوم منها فأغنى العلم به عن العدد وفي الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة أو من الادام بدانق أو بدانقين فلوس أو بقيراط فلوس فهذا جائز وعليه من الفلوس ما سمى لانّ الدانق والقيراط معروف ولو اشترى شيأ من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدراهم أفحش هذا لفظ محمد في الاصل ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه وقال في المختلف والحصر وعن أبي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز (ولو أعطى) شخص (صيرفيا درهما وقال أعطني به) أي بالدرهم (نصف درهم فلوسا و) أعطني (نصفا) يعني من الفضة (الا حبة) ناقصة من النصف (صح) هذا العقد فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل في الكل عند أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة وأصل الخلاف انّ العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقال القدوري ومن أعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما وقال أبو نصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وقال في المنهاج للامام شرف الدين أبي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي اذا دفع درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز البيع في حصة الفلوس وبطل في حصة الفضة قيل وعلى قياس قول أبي حنيفة يفسد في الكل وذكر القدوري انه يجوز البيع فكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم والله أعلم بالصواب

هذا (كتاب) في بيان (أحكام الكفالة)

وهي في اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وفي الشرع (هي) أي الكفالة (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) يعني في حق المطالبة وفي رواية من الاصحاب انّ موجبها موجب الدين على الكفيل وهذا غير صحيح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا أحدهما والصحيح هو الاول وعليه الائمة الاربعة الا رواية عن أحمد انّ الدين ينتقل في الكفالة

عن الميت ونقل الشيخ أبو حفص رحمه الله ان الدين يسقط عن الاصل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك (وتصح) الكفالة (بالنفس وان تعددت) الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما يجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره ومشهور مذهبه كمذهبنا لقوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم رواه الدارقطني والزعيم الكفيل من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس وبه قال أحمد وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمرو الاسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران بن الحصين والاشعث بن قيس رضي الله عنهم والباء في قوله (بكفلت بنفسه) تتعلق بقوله وتصح لانه حقيقة في معناها (و) تصح أيضا (بما عبر) من أعضائه (عن البدن) كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده فان قال تكفلت برأسه أو وجهه ونحوهما صحت الكفالة لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا (و) تصح أيضا (بجزء شائع) منه بأن قال تكفلت بثلثه أو ربعه أو خمسه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها (و) تصح أيضا بقوله (ضمنته) لانه تصريح بموجب الكفالة (و) تصح أيضا بقوله (على) لانه صيغة الالزام (و) بقوله (الى) لانه في معنى على في هذا الموضع (و) تصح أيضا بقوله (أنا زعيم) أي كفيل (به) أي بفلان (و) بقوله أنا (قبيل به) أي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالا لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل (لا) يصير كفيلا (بأنا) أي بقوله أنا (ضامن لمعرفته) أي بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يرون به الكفالة ولهما انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كانه قال أو قفك عليه وكذا لو قال أنا ضامن لان أدلك عليه أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا في شرح الشافي وفي الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر آشناى فلان برمن قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلا وقال الفقيه أبو الليث لا وعليه الفتوى وفي الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا ولو قال آشناى من است أو قال آشنا يست صارت كفالة بالنفس عرفا ولو قال انجه ترا بر فلان است من بدهم لا يكون كفالة لانه وعد كذا في مأذون شيخ الاسلام خواهر زاده (فان شرط) الكفيل (تسليمه) أي تسليم المكفول عنه (في وقت بعينه أحضره فيه) أي في ذلك الوقت (ان طلبه) المكفول له في ذلك الوقت أو بعده لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه عند حلول الاجل أو بعده (فان أحضره) أي فان أحضر الكفيل المكفول عنه ان طلبه المكفول له فيها (والا) أي وان لم يحضره (حبسه الحاكم) لامتناع ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظالم وهو ليس بظالم قبل المماطلة (فلو غاب) المكفول بنفسه (أمهله) الحاكم (مدة ذهابه وايابه) أي رجوعه (فلو مضت) المدة (ولم يحضره حبسه) الحاكم الا عند مالك لو سافر بعيدا لا من شأنه ذلك السفر سقط طلبه وفي الايضاح اذا ظهر عجزه لا يحبس الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله (وان غاب) المكفول بنفسه (و) الحال

انه (لم يعلم مكانه لا يطالب) الكفيل (به) أى بالمكفول بنفسه بالاجماع لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع وان لم يعرف منه ذلك المكان فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه وفى الذخيرة ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه والا لا يؤاخذ به ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه (فان سلمه) أى فان سلم الكفيل المكفول بنفسه (بحيث) أى بمكان (يقدر المكفول له ان يخاصمه) أى أن يخاصم المكفول بنفسه (كمصر) أى كما اذا أسلمه فى مصر (برئ) الكفيل من الكفالة لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وسواء كان التسليم غير مشروط فى وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه فى ذلك الوقت أو قبله ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه خذه ان شئت ثم لا يخلو اما أن يسلمه بعد طلبه أولا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة وان سلمه بغير طلبه فلا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة (ولو شرط) المكفول له (تسليمه) أى تسليم المكفول بنفسه (فى مجلس القاضى يسلمه) أى يسلم المكفول بنفسه (ثم) أى فى مجلس القاضى لان الشرط مقيد فيلزمه على الوجه الذى التزمه وان سلمه فى السوق برئ وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا وان سلمه فى برية أو فى سواد لا يبرأ وان سلمه فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة خلافا لهما والثلاثة ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) وهو المكفول بنفسه لانه برئ بموته وبراءته براءة الكفيل وعند مالك وبعض الشافعية يلزمه ما عليه (و) بموت (الكفيل) للعجز لان التسليم لا يتحقق منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفون فى ماله لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان حكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول له ان كانت الكفالة بأمره والا فلا (لا) تبطل بموت (الطالب) وهو المكفول له لان وصيه أو وارثه يخلفه فلا يبطل حقه (وبرئ) الكفيل (بدفعه) أى بدفع المكفول بنفسه (اليه) أى الى المكفول له (وان لم يقل) وقت التكفيل (اذا دفعته اليك فأنا برئ) لان موجب التسليم البراءة فتثبت به وان لم ينص عليها ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان بطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص لتقدم ما يدل عليه ولو سلم الكفيل المكفول بنفسه الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم المطلوب) أى المكفول بنفسه (نفسه) الى المكفول له (من كفالته) يعنى بتسليمه بحكم

كفالته لانه قد يكون بغير حكم الكفالة فلا بد أن يقول سلمت نفسي اليك بحكم الكفالة على ما بينا (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم وكيل الكفيل) المكفول بنفسه الى المكفول له لانه يقوم مقامه (و) كذا بتسليم (رسوله) أي رسول الكفيل لانه سفير عنه فيكون فعله كفعله ولكن شرط البراءة أن يقول كل منهما سلمت اليك بحكم الكفالة على ما ذكرنا ولكن الشيخ نص عليه في تسليم المطلوب فقط وكذا نص عليه فقط في فتاوى قاضي خان وفي المبسوط نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله (فان قال) الكفيل (ان لم يواف به) أي المكفول بنفسه (غدا) أي في غد (فهو ضامن لما عليه) أي لما على المكفول بنفسه (فلم يواف) الكفيل (به) أي بالمكفول بنفسه في غد حتى مضى الغد (أو مات المطلوب) أي المكفول بنفسه (ضمن) الكفيل (المال) في الصورتين لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الوفاء فاذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفي بوجودها وكذا يلزم المال بموت المطلوب لان عدم الموافاة لا تختلف باختلاف السبب وعند الشافعي الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فلا تجوز عنده وقد بينا وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وبه قال مالك قلنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وباب الكفالة أوسع لكونه من التبرعات فان قلت اذا مات الكفيل في هذه المسئلة كيف يكون الحكم قلت قد ذكر قاضي خان في فتاواه ان وارثه بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول بنفسه الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم يواف به) أي بالمدعى عليه (غدا فعليه) أي فعلي (المائة) والضمير يرجع الى الرجل (فلم يواف به) الرجل (به) أي بالمدعى عليه (غدا) حتى مضى (فعليه) أي فعلى الرجل (المائة) وهي مائة دينار التي ادعى بها عندهما ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن ادعى رجل على آخر فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال رجل آخر دعه فأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي وأثبت لزم الكفيل وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه في دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فيصح على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتتبين صحة الكفالة الاولى فتترتب عليها الثانية (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد) أي حد كان (وقود) أي قصاص عند أبي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان حد القذف مشتمل على حق العبد والقصاص خالص حق العباد فيجبر وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد مطلقا والحق التمرتاشي حد السرقة بحد القذف والقصاص في جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وليس تفسير الجبر عندهما ههنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول

داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه فى باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر (ولا يحبس) المطلوب (فيهما) أى فى الحد والقصاص (حتى يشهد شاهدان) مستوران (أو) يشهد واحد (عدل) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة الواحد التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه مالم يثبت وعنهما أنه لا يحبس فى الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو لاستيثاق بالكفالة وفى الاجناس فى التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهى حق الآدمى وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة فى الذى يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة احبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فانى أحبسه وأجلده فى السجن الا أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولما فرغ عن بيان الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال فقال (و) تصح الكفالة (بالمال) وهو عطف على قوله وتصح بالنفس فى أول الكتاب وقوله (ولو) كان المال (مجهولا) واصل بما قبله لان مبناها على التوسعة فيجوز مطلقا وعند الشافعى فى الاصح وأحمد فى رواية لا يصح فى المجهول ويأتى الآن صورته وقيد بقوله (اذا كان) الذى تكفل به (دينا صحيحا) احترازا عن بدل الكتابة فان الكفالة به لا تجوز لانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه والباء فى قوله (بكفلت) يتعلق بالمحذوف أى يصح الكفالة بالمال بقوله كفلت (عنه) أى عن فلان (بألف) درهم هذا مثال المعلوم (و) يصح أيضا بقوله كفلت عنه (بمالك) أى بالذى ثبت لك (عليه) أى على فلان هذا مثال المجهول (و) تصح أيضا بقوله كفلت عنه (بما يدركك فى هذا البيع) يعنى اذا استحق المبيع من يد المشترى ولزمه غرامة الثمن (و) تصح أيضا بقوله (ما بايعت فلانا فعلى و) بقوله (ما ذاب) أى ما ظهر ووجب (لك عليه) أى على فلان (فعلى و) بقوله (ما غصبك فلان فعلى) وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة فقال فى شرح الطحاوى ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون له وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فانى له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه وفى المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا فعلى فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه فى أول مرة ولا يلزمه ما بايعه بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله وفى الخلاصة رجل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف قوله ان أكلك سبع اه واذا كان الامر كذلك (وطالب) المكفول له (الكفيل) ان شاء (أو) طالب (المديون) أو طالب كلاهما جميعا لانه موجب الكفالة اذ هى تبنى على الضم وذلك يقتضى بقاء الاول لا البراءة (الا اذا شرط) المديون (البراءة فحينئذ

تكون) الكفالة (حوالة) فلا يطالب الاصيل الا بالتوى عندنا خلافا للشافعي والتوى أحد الامرين أو أحد الامور الثلاثة على ما يجيء ان شاء الله تعالى (كما ان الحوالة) وهي نقل دين من ذمة الى ذمة (بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالحوالة (المحيل) وهو المديون (كفالة) فحينئذ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل لانه كفالة فيتخير في طلب أيهما شاء وهو معنى قوله (ولو طالب) أي الاصيل (أحدهما له ان يطالب الآخر) لانه مقتضى الكفالة بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) أي موافق وهو أن يكون الشرط سببا لوجوبه (كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) أي كقوله ان استحق المبيع مستحق فعلى الثمن فان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق في ذمته وجاز التعليق به لملايمته الشرط (أو) كشرط (لامكان الاستيفاء كان قدم زيد) أي كقوله ان قدم زيد فعلي ما عليه من الدين وهو معنى قوله (وهو) أي زيد (مكفول عنه) والواو للحال (أو) كشرط (لتعذره) أي لتعذر الاستيفاء (كان غاب) أي كقوله ان غاب زيد (عن المصر) فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها (ولا يصح) تعليق الكفالة (بنحو ان هبت الريح) أو ان نزل المطر لانه تعليق بالخطر فلا يصح كالبيع وذكر في الهداية والكافي انه ان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا وهذا سهو لان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ثم لو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح ونحوه لا يصح التأجيل ويجب المال حالا أشار اليه بقوله (فان جعل) أي نحو ان هبت الريح (أجلا) في الكفالة (تصح الكفالة ويجب المال حالا) لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تاجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا (فان كفل) رجل (بما) أي بالذي (له) أي لزيد مثلا (عليه) أي على عمرو مثلا (فبرهن) أي زيد أي أقام بينة (على ألف) أي على ان له ألف درهم (لزمه) أي الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا (والا) أي وان لم يقم بينة (صدق الكفيل فيما أقر به) قليلا كان أو كثيرا (بحلفه) أي بيمينه لانه منكر للزيادة التي يدعيها الطالب والقول قول المنكر مع يمينه (ولا ينفذ) بالتشديد (قول المطلوب) وهو المكفول عنه (على الكفيل) يعني اذا أقر المطلوب بأكثر مما أقر به الكفيل لا يسري كلامه على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فأقر فلان على نفسه بألف مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء ولكن تكفل بما يتقرر عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وههنا تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق الا ببينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه (فان كفل بأمره) أي بأمر المطلوب (رجع) الكفيل (بما أدى عليه) أي على المطلوب لانه قضى دينا عليه بأمره ومعناه اذا أدى

ماضمن

ماضمن اما اذا أدّى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدّى رديئا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدّى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل اليه الدين بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدّى ان أدّى أردأ من الدين وان أدّى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدّى مالم يخالف أمره بالزيادة وبأداء جنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدّى الا اذا صالحه على أن يهبه الباقى ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة (وان كفل بغير امره) أى بغير أمر المطلوب (لم يرجع) عليه لانه متبرع بأدائه وعند مالك وأحمد فى رواية يرجع (ولا يطالب) الكفيل (الاصيل) وهو المكفول عنه (بالمال) المكفول به (قبل ان يؤدّى) الكفيل المال (عنه) أى عن الاصيل لانه يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه من الموكل بمنزلة البائع من المشترى فيما يرجع الى الحقوق (فان لوزم) الكفيل من جهة الطالب (لازمه) أى لازم هو الاصيل أيضا حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبسه لانه من جهته (وبرئ الكفيل) عن المطالبة بالمال (بأداء الاصيل) لان براءته توجب براءة الكفيل (ولو أبرأ الطالب (الاصيل) وهو المطلوب (أو أخر) الطالب (عنه) أى عن الاصيل بان أجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) أى عن الكفيل يعنى يتأجل فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره (ولا ينعكس) أى الحكم المذكور وهو ان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لانه ليس عليه دين واسقاط المطالبة أو تأخير الدين لا يوجب سقوطه (ولو صالح أحدهما) أى الاصيل أو الكفيل (رب المال عن الالف) الذى هو دين (على نصفه) أى على نصف الالف وهو خمسمائة درهم (برئا) أى الاصيل والكفيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلأنّ اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فيبرأ الاصيل ضرورة فبراءته توجب براءة الكفيل فاذا برئ عن خمسمائة فان أدّى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع وهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذلك أو لم يشترط شئ فكذلك أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل (وان قال الطالب للكفيل برئت الىّ من المال) الذى كفلت به (رجع) الكفيل (على المطلوب) وهو المكفول عنه بالمال لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت الىّ أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل (و) فى قول الطالب للكفيل (برئت) من غير قوله الىّ (او) فى قوله له (ابرأتك لا) يرجع الكفيل على الاصيل اما فى قوله ابرأتك فلأنه اسقاط

لاتعلق له بغيره واما قوله برئت بدون الى فهو كقوله برئت الى عند أبى يوسف وعند محمد مثل قوله أبرأتك (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) بأن قال الطالب اذا قدم زيد فأنت برىء من الكفالة فانه لايصح لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين والتمليك لايقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لايرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك (والكفالة) بالرفع عطف على قوله تعليق البراءة أى بطل الكفالة (بحد وقود) أى قصاص لانه لايتحقق اذا أقيم على غير الجانى هذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد يصح (ومبيع) أى وبطل الكفالة أيضا بمبيع فى يد البائع لانه قبل القبض ليس بمضمون بنفسه والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز لانه ممكن (ومرهون) أى وكذا لايصح بمرهون فى يد المرتهن لانه غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس هو بواجب على الاصيل (وأمانة) أى وكذا لايصح بأمانة لانها ليست بمضمونة على الاصيل لاعينها ولا تسليمها وهى كالودائع والمضاربات والشركات (وصح) أى التكفيل يعنى الكفالة (لو) كان المكفول به (ثمنا) أى ثمن مبيع لانه دين صحيح على المشترى (و) كذا اذا كان (مغصوبا) لانه مضمون بعينه (و) كذا اذا كان (مقبوضا على سوم الشراء) أى على طلبه لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فأمكن ايجابه على الكفيل (و) كذا اذا كان (مبيعا فاسدا) لان المقبوض فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (وحمل دابة) بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أى بطل الكفالة بحمل دابة (معينة مستأجرة) بأن استأجرها شخص للحمل عليها فكفل رجل بالحمل فانه لايجوز لانه عاجز عن الحمل عليها بتقدير هلاكها واذا كانت غير معينة يجوز لانه قادر على ذلك على أى دابة شاء والحمل هو المستحق عليه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز للقدرة عليه (وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على حمل دابة أى وتبطل الكفالة أيضا بخدمة عبد (استؤجر للخدمة) لعدم القدرة عليه كما ذكرنا وفى المبسوط لو تكارى دابة أو عبدا وعجل الاجرة ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيلا بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤاخذ به مادام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما يجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر (و) لاتصح الكفالة أيضا (بلا قبول الطالب) وهو المكفول له (فى مجلس العقد) عندهما لانه تصرف فى حق المكفول له فلا يصح الا بقبوله ورضاه وقال أبو يوسف هى جائزة لازمة لانه لم يشترط حضور المكفول به ولا حضور المكفول عنه فلا يشترط حضور المكفول له وبه قالت الثلاثة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لايشترط فى المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز (الا ان تكفل وارث المريض عنه) أى عن المريض بما عليه من الدين

للغرماء

للغرماء مع غيبتهم فانه جائز عندهما أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بأن يقضوا دينه فتصح ولو ضمن عنه الاجنبي قيل لا يجوز وقيل يجوز فاذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته (و) لا تصح الكفالة أيضا (عن ميت مفلس) بأن لم يترك مالا وعليه ديون عند أبي حنيفة وقالا يجوز لانه كفالة بدين سابق لان الموت لا يوجب سقوط الدين وبه قالت الثلاثة وله أنه كفل بدين ساقط فلا يصح (و) لا تصح أيضا (بالثمن للموكل) صورته اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشترى لم يجز لان حق القبض الى الوكيل وعند الثلاثة يصح (و) لا تصح أيضا بالثمن لاجل (رب المال) صورته ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشترى فانه لا يصح لان المضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت رب المال وبعزله فيكون ضامنا لنفسه فلا يصح (و) لا يصح أيضا بالثمن (للشريك اذا بيع عبد صفقة) يعنى في عقد واحد صورته باع رجلا عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشترى أو الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب بخلاف ما اذا باعه صفقتين بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لان نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة (و) لا تصح أيضا (بالعهدة) صورتها أن يشترى عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشترى رجل بالعهدة ويسكتان على ذلك ولم يبينا ما هى وانما لا تجوز للجهالة لان العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم لانه وثيقة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشترى فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وعلى العقد لانه مأخوذ من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أى خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم (و) لا يصح أيضا ضمان (الخلاص) عند أبي حنيفة وقالا يجوز معناه عندهما لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه الى المشترى أو تخليصه ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وبه قالت الثلاثة وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع ورد الثمن ان لم يجز (ومال الكتابة) أى ولا يصح أيضا بمال الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه على شرف السقوط بتعجيزه نفسه فلا يمكن اثباته على الكفيل الا رواية شاذة عن أحمد انه يصح

*هذا (فصل) في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب (ولو اعطى المطلوب الكفيل) أى لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل (قبل أن يعطى الكفيل الطالب) أى المكفول له (لا يسترد) المكفول عنه (منه) أى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن

لا يكون للاصيل أن يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه مالم يقبض دينه (وماربح الكفيل) من المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو للطالب فهو (له) أى للكفيل يعنى طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل الا أن فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قولهما خلافا لابى يوسف وأصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة (وندب) أى استحب (رده) أى رد الربح (على المطلوب) وهو المكفول عنه (لو) كان الذى أخذه منه (شيأ يتعين) كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبى حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين فيتصدق به فى رواية على الفقراء وفى رواية يرده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان أعطاه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه (ولو امر) الاصيل (كفيله ان يتعين عليه حريرا) أى أن يبيع العينة وهى أن يقول له اشتر من الناس حريرا أو غيره من الانواع ثم بعه فما ربح البائع منك وخسرته أنت فعلى وصورته أن يأتى هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى أقرضه على انها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضا (ففعل) الكفيل ذلك (فالشراء) يكون (للكفيل والربح) الذى ربحه التاجر (عليه) أى على الكفيل ولا يلزم الآمر شئ من ذلك لانه اما ضامن لما يخسر نظرا الى قوله على والضمان بالخسران لا يجوز لان الضمان لا يكون الا بمضمون واما توكيل بالشراء نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة الحرير وثمنه وهذا النوع من البيع يسمى عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أى نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هى شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح الانفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة (ومن كفل عن رجل بما ذاب) أى ظهر ووجب (له) أى لفلان (عليه) أى على الرجل (أو) كفل عن رجل (بما قضى له) أى لفلان (عليه) على الرجل (فغاب المطلوب) وهو المكفول عنه (فبرهن المدعى) أى أقام بينة (على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم تقبل) بينته لانه كفل ما لا يجب فى المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد والقضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيأ (ولو برهن) رجل أى أقام بينة عند القاضى على رجل (ان له على زيد كذا) من المال (وان هذا) أى الذى أحضره عند القاضى (كفيل عنه) أى عن زيد (بأمره) وزيد غائب (قضى به)

اى

أى بالبرهان أى البينة (عليهما) أى على زيد وعلى الذى أحضره وأقام عليه البينة انه كفيل عنه فان قلت القضاء على الغائب لايجوز فكيف يقضى ههنا اذا كانت الكفالة بأمره قلت اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادّعى عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه (ولو) برهن أنه كفل عنه (بلا أمر) الغائب (قضى على الكفيل فقط) يعنى لايقضى على الغائب لان المدّعى هنالك مال مطلق فأمكن اثباته بخلاف ما تقدم (وكفالته) أى أى كفالة رجل للمشترى عن البائع اذا باع له دارا مثلا (بالدرك) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع (تسليم) للمبيع واقرار منه انه لاحق له فيه حتى لو ادّعى مع ذلك أن الدار ملكه أو ادّعى فيها الشفعة أو الاجارة لاتسمع دعواه لان اقدامه اقرار بأن البائع مالك لها وقت البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك (وشهادته) أى شهادة الرجل المذكور فى الصورة المذكورة يعنى كتابة شهادته (وختمه لا) يكون تسليما حتى اذا ادّعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها مايدل على انه أقرّ للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو ينظر فى البيع حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيها مايدل على نفاذه الا اذا شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لاتسمع دعواه بعد ذلك وقوله وختمه وقع على اعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لايختلف بين أن يكون الصك مختوما أو غير مختوم (ومن ضمن عن آخر خراجه) قيل المراد به الخراج الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الامام كل سنة فى مال على مايراه لا خراج المقاسمة وهو الذى يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب فى الذمة وفى الغاية امّا الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لايصح فى الاموال الظاهرة والباطنة جميعا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شئ آخر فلا تكون دينا (اورهن به) أى بالخراج (اوضمن نوائبه) أى نوائب الآخر وهى ماتكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقيل أريد به ماليس بحق كالجبايات التى فى زماننا تأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد الشيخ هو الاول جازت الكفالة بلا خلاف لانه واجب مضمون وان كان مراده الثانى ففيه اختلاف المشايخ فقيل لاتجوز الكفالة بها وهو قول صدر الاسلام أيضا وقيل تجوز وهو قول فخر الاسلام على البزدوى أيضا الا انها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها (و) ضمن (قسمته) والرواية الصحيحة أو قسمته وهى ما أصاب الواحد من النوائب لانّ القسمة هى النصيب وقيل هى النوائب بعينها غير انّ القسمة مايكون راتبا والنوائب ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن فى بيت المال شئ وقيل هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمن انسان لانها واجبة وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الفقيه أبو الليث السمرقندى ذكر عن أبى بكر بن أبى سعيد أنه قال وقع هذا

الحرف غلطا الامعنى له لان القسمة مصدر والمصدر الفعل غير مضمون قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم لانه بمعنى النصيب كما فى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهى أيضا اسم أو بمعنى أجرة القسام وهى أيضا اسم (صح) هذا الضمان وصح هذا الرهن أيضا وهو جواب قوله ومن ضمن (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة) درهم (الى شهر فقال له) الآخر وهو المقر له صدقت ولكن (هى) أى المائة (حالة) فأنكر الاجل (فالقول للضامن) وهو المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو منكر فالقول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة وعند الشافعى القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما وفى الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له فيهما رواه عنه ابراهيم ابن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الا بحجة (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك) وهو أن يضمن الثمن عند ظهور المستحق (فاستحقت) أى الامة (لم يأخذ المشترى الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه مالم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه وعن أبى حنيفة أن المبيع ينتقض بمجرد الاستحقاق وعن أبى يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له وعن أبى يوسف ان أخذ العين بعد الحكم دليل الفسخ والاول هو الظاهر

* هذا (باب) فى بيان أحكام (كفالة الرجلين والعبدين) *

لرجل (دين عليهما) أى على اثنين بأن اشتريا منه عبدا (وكل) واحد منهما (كفل عن صاحبه فما) أى كل شئ (أداه احدهما) أى لاثنين (لم يرجع على شريكه) حتى يزيد ما يؤديه على النصف (فان زاد) ما أداه (على النصف رجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف كفيل فما يؤديه يصرف الى ما عليه اصالة (وان كفلا) أى الاثنان (عن رجل) بأن كان على رجل دين ألف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) بما لزمه بالكفالة والكفالة عن الكفالة جائزة كما يجوز عن الاصيل (فما ادى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) ثم يرجعان على الاصيل ان شاء لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه (أو) ان شاء رجع هو (بالكل على الاصيل) لانه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا كفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى مالم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان

الدين

الدين ينقسم عليهما نصفين ولا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف (وان ابرأ الطالب أحدهما) أى أحد الاثنين (آخذ) الطالب (الكفيل) الآخر (بكله) أى بكل المال لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به (ولو افترق المفاوضان) أى الشريكان شركة المفاوضة (أخذ الغريم ايا) أى الاثنين (شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما مر فى الشركة (ولا يرجع) المأخوذ منهما على صاحبه (حتى يؤدى اكثر من النصف) لما بينا فى كفالة الرجلين (وان كاتب) شخص (عبديه كتابة واحدة وكفل كل) واحد من العبدين (عن صاحبه فأدى احدهما رجع على صاحبه (بنصفه) أى بنصف ما أدى وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى وجه الاستحسان ان تصرف المكاتب يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل فى حق صاحبه لانقسام المال عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما اصيلا فى الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا فى حق صاحبه لانه ضرورى فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ثم قيد بقوله كتابة واحدة لانه اذا كاتبهما بعقدين كل واحد بعقد فكفالة كل منهما عن الآخر باطلة ولو كاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته ولو كاتبهما كتابة واحدة على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر كفالة كل منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثانى حتى يعتق أحدهما بأداء حصته وعندنا كالفصل الاول فى جميع ما قلنا (ولو حرر) المولى (أحدهما) أى أحد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود الملك فى الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة ويبقى على صاحبه حصته لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة العتق ثم انه (اخذ ايا) أى أى العبدين (شاء بحصة من) أى الذى (لم يعتقه) فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة (فان اخذ) المولى (المعتق) بفتح التاء وهو العبد الذى أعتقه (رجع) أى المعتق (على صاحبه) لانه كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه (وان اخذ) المولى العبد (الآخر) وهو الذى لم يعتقه (لا) يرجع على صاحبه لانه أصيل فلا يرجع على أحد فان قلت كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلت هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن فى الابتداء كفيلا قط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرت الكفالة فيه فى حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه

فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فيبقى كفيلا (ومن ضمن عن عبد مالا) من الاموال التى (يؤاخذ به) أى بذلك المال (بعد عتقه) كالمال الذى لزمه بالاقرار أو بالاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة (فهو) أى المال الذى ضمنه (حال) يعنى يلزمه فى الحال (وان لم يسمه) الضامن بأن المال حال على العبد الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره واحترز بقوله بدين يؤاخذ به بعد العتق عما يؤخذ به فى الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة (ولو ادعى) شخص (رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) أى أقام بينة على (أنه) أى ان العبد (له) أى ملكه (ضمن) الكفيل (قيمته) أى قيمة العبد لانه تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على دين ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله لان الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه (ولو ادعى) شخص (على عبد مالا) بأن قال أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه (وكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (برئ الكفيل) لان العبد برئ بموته وبراءته توجب براءة الكفيل (ولو كفل عبد عن سيده بأمره) ولم يكن على العبد دين صحت هذه الكفالة لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين فاذا كان عليه دين مستغرق لا يجوز لانه يتضمن ابطال حق الغرماء كما لا يجوز رهنه حينئذ ثم اذا صح هذا (فعتق) العبد (فاداه) أى المال المكفول به لم يرجع به على المولى لانه لا يستحق على المولى شيأ وقال زفر يرجع اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع (أو كفل سيده) أى سيد العبد (عنه) أى عن العبد صحت الكفالة كيفما كانت ثم اذا صحت (وأداه) أى المولى أدى المال المكفول به (بعد عتقه) أى بعد عتق العبد ولا يرجع عليه أيضا عندنا خلافا لزفر وقوله (لم يرجع واحد) من المولى والعبد (على الآخر) جواب المسئلتين جميعا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

* هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (الحوالة) *

وهى لغة التحويل والنقل وشرعا (هى) أى الحوالة (نقل الدين من ذمة) شخص (الى ذمة) شخص آخر واختلف المتأخرون أنها توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا أو عن المطالبة دون الدين فقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عنهما جميعا (وتصح الحوالة (فى الدين) لانها تحويل ونقل وهو فى الدين (لا) تصح (فى العين) لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة وأما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى فان قلت الدين وصف ثابت فى الذمة وهو عرض فكيف يقبل النقل قلت الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع حكم ببقائها بعد المباشرة وتصح (برضا المحتال) وهو

الدائن

الدائن لان الدين حقه وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد (و) برضى (المحتال عليه) وهو الذى يقبل الحوالة لانه يلزمه بالحوالة ولا يلزم بدون الالتزام الا عند الشافعى وأحمد فى رواية لا يشترط رضاه وهو اختيار الجرجانى من أصحابنا كذا فى مختصر الاسرار وعند مالك لو كان عدوا اشترط رضاه والا فلا ولم يذكر الشيخ المحيل وهو الذى عليه الدين لان الحوالة تصح بدون رضاه لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا أدى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل فكان نفعا محضا كذا ذكر فى الزيادات والعيون وفى القدورى والهداية وغيرهما وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه لان المحيل هو الاصل فى الحوالة وبه قالت الثلاثة (وبرئ المحيل) وهو المديون (بالقبول) أى بقبول الحوالة من المحتال له والمحال عليه (من الدين) يعنى لا يرجع أبدا الا بالتوى على ما يجيء وقال زفر والقاسم بن معن لا يبرأ لان المقصود بها التوثق كالكفالة لا تؤثر فى سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبى ليلى يبرأ فى الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة الاصيل ثم اختلفوا فى البراءة على ما ذكرنا فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثانى أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على رجل كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجله (ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) وقال الشافعى لا يرجع عليه وان توى حقه لان الدين انتقل من ذمته فبرئت فلا يعود كما فى الابراء وبه قال أحمد ولنا أن المحتال انما رضى بهذا النقل بشرط وصول الدين من جهة المحتال عليه بدلالة الحال وقد فات هذا الشرط بالتوى فيعود حقه الى ذمة المحيل (وهو) أى التوى بأحد الامرين عند أبى حنيفة اما أن (يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى لكل واحد من المحيل والمحتال عليه أى على المحتال (عليه أو يموت) المحال عليه حال كونه (مفلسا) بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا فاذا ترك كفيلا كفل عنه بأمره أو بغير أمره لا يعود الدين الى ذمة المحيل وقالا هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته فهذا بناء على أن الافلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر (فان طلب المحال عليه المحيل بما) أى بالذى (أحال) أى بمثل ما أحال به (فقال المحيل احلت بدين) أى بسبب دين ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن المحيل) للمحتال عليه (مثل الدين) الذى أحال به لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره لكن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر وهذا بالاجماع (وان قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان (لتقبضه) أى الدين (لى) أى لاجلى أراد أنه وكله فى قبضه (فقال المحتال أحلتنى بدين) أى بسبب دين (لى عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر

فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارامنه بأن عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة (ولو أحال) شخص (بما) أى بالشئ الذى (له عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع عنده ألف درهم مثلا ثم أحال بها غريمه (صحت) الحوالة لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز (فان هلكت) الوديعة (برئ) زيد الذى هو المحال عليه لان الحوالة مقيدة بها اذلم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة (وكره السفاتج) قال القدورى هو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه فى موضع الامن وفى الفتاوى الصغرى السفتج ان كان مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وفى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان جائزا وكذلك لو قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفى كفاية البيهقى وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته يعنى المحكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره فان قلت ما وجه ذكر هذا فى كتاب الحوالة قلت أما هؤلاء فانهم تبعوا القدورى فانه ذكره فى كتاب الحوالة وأما وجه ذكر القدورى فقيل لانه معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام بدر الدين الكردرى أنه قال انما أورد هذا فى الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون فى معنى الحوالة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (القضاء)*

وهو فى اللغة الاتقان والاحكام وفى الشرع هو فصل الخصومات قاله الشارح والاولى أن يقال هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة (أهله) أى أهل القضاء (أهل الشهادة) فكل من صلح شاهدا صلح قاضيا ومن لا فلا فلا يجوز ولاية الصبى والمجنون والعبد والاعمى والاطروش يجوز وقيل لا يجوز (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة) وقيل لا يصح قضاؤه أصلا لانه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختيار الطحاوى وينبغى أن يفتى به خصوصا فى هذا الزمان فلذلك قال الشيخ (الا أنه) أى أن الفاسق (لا ينبغى أن يقلد) لانه لا يؤمن عليه فكيف يؤمن منه على غيره وفى خلاصة الفتاوى اختلفت الروايات فى تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال قال فى المحيط ويستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط فى التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعى ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف وفى نوادر هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه وفى الاجناس عن على الرازى صاحب أبى يوسف ينعزل القاضى بفسقه ولا ينعزل الخليفة بفسقه وفى أدب القاضى للحسن بن زياد فى قاض مكث وهو عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضى بقضايا قبل أن يفسق وبقضايا بعد ما فسق أبطل كل قضية قضى بها بعد ما فسق وأنفذت القضايا التى قضى بها قبل أن يفسق وقال أبو حنيفة لو أن قاضيا قضى بين الناس زمانا وأنفذ قضايا كثيرة ثم علم أنه فاسق

مرتش لم يزل منذ ولى على ذلك ينبغى للقاضى الذى يختصمون اليه أن يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضى (ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل) نظرا الى ابتداء أمره فى الولاية وكذا لو فسق بغير الرشوة أيضا وانما خص الرشوة بالذكر لانها معظم الاشياء التى توجب الفسق خصوصا بين القضاة وذكر الاستروشنى فى فصوله القاضى اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البزدوى أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الائمة السرخسى وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضى أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضى سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضى نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض وفى كتاب أدب القاضى لابى محمد الناصحى النيسابورى ان أخذ القاضى الرشوة وحكم للذى رشاه بحق ليس فيه ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد أن ينفذ ذلك القضاء من القضاة بل يرده فقد سقطت عدالة المرتشى (و) لكنه (يستحق العزل) لطرو الفسق وقيل ينعزل بالفسق ذكره فى الواقعات وبه قالت الثلاثة وفى النوادر عن علمائنا الثلاثة أن الفاسق لا يصلح قاضيا قال الشارح والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولى الجاهل صح وقال الشافعى لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا قلت يشير اليه كلام القدورى ان أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية ولكن الصحيح أن الاجتهاد ليس بشرط وفى العيون الاجتهاد شرط الجواز عند الثلاثة وقال الغزالى وابن هبيرة من أصحاب أحمد هذا قبل استقرار المذهب لا بعده وفى خزانة الفقه لابى الليث ويصلح للقضاء من اجتمع فيه ثمانية أشياء الموثوق فى عقله ودينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنن والآثار والتأويل وبسنن من مضى قبله من القضاة (ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) فلا تصح عقوده وفسوخه وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى وقيل الرائش أيضا وهو الذى يمشى بينهما وتؤخذ الرشوة على يده وينبغى أن تبشر قضاة هذا الزمان بهذا الوعيد ولا سيما قضاة مصر ومنهم من يتولى بالرشوة فاذا عوتب عليه يدعى أنه انما بذله صونا للمنصب عن وقوعه فى أيدى الجهال والفساق والله لا يخفى عليه شئ (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطا (وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول فى الديانات وهو الذى اختاره كثير من المتأخرين وقال صدر الاسلام البزدوى فى أصوله أجمع العلماء والفقهاء على أن المفتى يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فانه لا يقدر أن يفتى الناس اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا محالة وان لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتى الا بطريق الحكاية فيحكى ما يحفظ من أقوال الفقهاء ولا يحل له أن يفتى فيما لا يحفظ فيه قولا من أقوال المتقدمين (ولا ينبغى أن يكون القاضى فظا) اى جافيا (غليظا) أى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) أى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) أى معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها افساد (وينبغى أن يكون موثوقا به) أى معتمدا عليه (فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة) وهى قول النبى عليه الصلاة والسلام وفعله (والآثار) التى وردت من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم

(ووجوه الفقه) أى الطرق التى يستنبط الفقه منها والاصول التى يبتنى عليها (والاجتهاد) وهو بذل المجهود لنيل المقصود وهو أن يكون عالما بجميع ما فى الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة فى ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التى تتعلق بها الاحكام فهذا (شرط الاولوية) وعن الثلاثة شرط الجواز وقال أكثر العلماء الاجتهاد أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطرقها ولا يشترط معرفة الفروع التى استخرجها المجتهدون بآرائهم وقيل يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من المجتهدين وقيل من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد وقيل لابد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتنى عليها (والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) يعنى فى العلم والامانة (وكره التقليد لمن خاف الحيف) أى الظلم والجور كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم (وان أمنه) أى الظلم (لا) يكره التقليد لان كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين رحمهم الله تقلدوه وكفى بهم قدوة (ولا يسأله) أى القضاء لانه حينئذ يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهمه (ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر) أى الظالم لان علماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه حينئذ وفى هذا الزمان لا يوجد السلطان العادل حتى قالوا من قال لسلطان هذا الزمان عدلت أو أنت عادل يكفر (و) يجوز أيضا (من أهل البغى) وهم الذين خرجوا من طاعة الامام لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على رضى الله عنه وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا وقال الامام أبو محمد الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف قاضى اهل البغى والخوارج اذا كان منهم فقضى بشئ ثم رفع الى قاض آخر من أهل العدل لم يجزه وأبطله لان الخوارج اذا خرجوا على أهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون أموالهم فلا تجوز شهادتهم واذا لم تجز شهادتهم لم يجز قضاؤه فينتقض وهذا قول ابراهيم النخعى ولا يعمل على كتابه أيضا لانه لا يجوز قضاؤه فلا يعمل على كتابه (فان تقلد) أحد القضاء (يسأل ديوان قاض قبله وهو) أى الديوان (الخرائط) جمع خريطة وهى الكيس (التى فيها السجلات) وهو جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصك قال الله تعالى كطى السجل للكتاب ومنه اسجال القاضى وتسجيله (والمحاضر) جمع محضر (وغيرهما) أى غير السجلات والمحاضر مثل الصكوك التى فيها الاقرارات أو قيم الاشياء أو نصب الاوصياء فى أموال اليتامى ونحو ذلك لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان فان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال فى وضعها فى يد القاضى الجديد وكذا اذا كان من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح ويبعث عدلين من امنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيأ فشيأ فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه فى خريطة وما

كان

كان من نصب الاوصياء يجمعانه فى خريطة وما كان من نسخ قيماء الاوقاف يجمعانه فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه فى خريطة فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير (ونظر) أى القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين (فمن اقر) من المحبوسين (بحق او قامت عليه بينة) بذلك (الزمه) القاضى به (والا) أى وان لم يقر هو بشئ ولم تقم عليه بينة (نادى) مناد من جهة القاضى (عليه) أى اما اذا جلس القاضى للحكم و يقول من كان يطلب فلان بن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر أحد وادّعى عليه بشئ يحكم بينهما والا يأخذ منه كفيلا ويطلقه (وعمل) القاضى (فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) عمن فى يده لانّ اقرار الاجنبى غير مقبول (ولم يعمل بقول) القاضى (المعزول) لانه بعزله التحق بالرعايا (الا أن يقر ذو اليد) أى الا أن يعترف الذى فى يده (انه) أى انّ القاضى (سلمها اليه فيقبل قوله) أى قول المعزول (فيهما) أى فى الودائع وغلات الوقف لانه يثبت باقراره انه مودع القاضى ويد المودع كيده فصار كأنه فى يده فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقرّ بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على أربعة أوجه اما أن يقر بأنه سلمه اليه بعد ما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه اليه ثم يقرّ به لغيره فلا يقبل اقراره الثانى والرابع أن يقرّ بان القاضى سلمه اليه ثم يقول لا أدرى لمن هو فحكمه ظاهر (ويقضى) القاضى (فى المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم فى المسجد لانه عليه الصلاة والسلام كان يفصل الخصومات فى معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم فى المساجد ولانه أبعد من الاشتباه على الغرباء و بعض المقيمين وأبعد من التهمة فى حق القاضى فكان أولى فعلى هذا الجامع أولى وقال الشافعى يكره جلوسه فى المسجد (أو) يقضى (فى داره) لانّ الحكم عبادة فلا يختص بمكان ولا يمنع أحدا من الدخول فيه ولا بأس أن يكون منزله فى وسط البلدة رفقا بالناس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة الا اذا كان عالما بالقضاء و يبعد عنه الاعوان لانه اهيب وقال الطحاوى فى مختصره ولا ينبغى له أن يقضى وهو يمشى أو يسير (ويردّ) القاضى (هدية) لانها تشبه الرشوة فيتجنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم (الا) أنّ له أن لا يردّها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لانّ فى ردّها منهم قطيعة وهى حرام (أو ممن جرت عادته بذلك) لعدم التهمة حتى لو كانت لهما خصومة أو زادا على العادة يردها حينئذ لانه حينئذ لاجل القضاء فيكون من الغلول (و) يرد أيضا (دعوة خاصة) يعنى لا يحضرها وهى التى لا يتخذها صاحبها الا لاجله وقيل كل دعوة اتخذت فى غير العرس والختان فهى خاصة ولم يفصل فى الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره و بين ما اذا جرت له عادة بها أو لم تجر وفى الكافى وان كان بين القاضى و بين المضيف قرابة يجيبه فى الدعوة الخاصة قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى أن على قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وفى الغاية وفرق ما بين الدعوة الخاصة والعامة قالوا ان كان خمسة نفر أو ستة نفر الى عشرة فهى دعوة خاصة فان جاوز العشرة فهى دعوة عامة والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم أن القاضى لا يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة يجيب القاضى هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان

كان بحال لو علم أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع ولا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين فلا يمتنع عنها (ويسوي بينهما) أي بين الخصمين (جلوسا) أي من حيث الجلوس وسواء في ذلك الكبير والصغير والاب والابن والخليفة والرعية والدنيء والشريف وفي هذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي ولاه القضاء وهكذا فعل شريح رضي الله عنه مع علي ومع خصمه الواحد من الرعية وعلي رضي الله عنه اذ ذاك خليفة (و) يسوي بينهما (اقبالا) أيضا أي من حيث الاقبال فلا يقبل على أحدهما دون الآخر ولا يقعد أحدهما عن اليمين والآخر عن اليسار لان فيه ترك التسوية (وليتق) أي وليجتنب القاضي (عن مسارة أحدهما) وهي أن يسارر أحدهما لان فيه تهمة (و) عن (اشارته) الى أحدهما (و) عن (تلقين حجته) أي حجة أحدهما وعن أبي يوسف في رواية والشافعي في وجه لا بأس بتلقين الحجة (و) عن (ضيافته) أي ضيافة أحدهما (و) عن (المزاح) مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ولا بأس في غيره بدون اكثار (و) ليتق أيضا (تلقين الشاهد) لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

(فصل) (واذا ثبت الحق للمدعي أمره) أي أمر القاضي المدعى عليه (بدفع ما عليه) الى المدعي (فان أبى) أي امتنع عن دفع ما عليه اليه (حبسه) القاضي (في الثمن) أي في ثمن المبيع (والقرض) الذي استقرضه منه وكل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده (و) في (المهر المعجل و) في (ما التزمه بالكفالة) وكل دين لزمه بعقد لانه بالاباء ظهر مطله ثم ان الشيخ لم يفصل بين ثبوت الحق ببينة أو باقرار وفصل بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه باطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله والصواب أن لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال وأقام المدعي بينة أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة ويدعي أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى (لا) يحبسه القاضي (في غيره) أي في غير ما ذكر من الديون مثل اروش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق (ان ادعى) المدعى عليه (الفقر) لانه متمسك بالاصل وهو الفقر (الا أن يثبت غريمه) وهو المدعي (غناه) أي بان له مالا (فيحبسه) أي فحينئذ يحبسه لظهور المطل وقدر الحبس (بما رأى) القاضي فيحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أشهر اتفاقي وليس بتقدير حتما وعند بعض المالكية في القليل لا يحبسه أكثر من نصف شهر وفي الكثير أربعة أشهر فقط (ثم يسأل) القاضي (عنه) أي عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه (وان لم يظهر له مال) بأن قامت بينة على اعساره (خلاه) أي أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية (ولم يحل)

أى ولم يفرّق (بينه) أى بين هذا المديون (وبين غرمائه) أى لا يمنعهم عن ملازمته عند أبى حنيفة وقالا يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة وبه قال زفر والشافعى وأحمد وله أنه منتظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك يمكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه (وردّ) القاضى (البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب وعن محمد أنها تقبل قبل الحبس وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول (وبينة اليسار أحق) يعنى اذا أقام المدعى البينة على اليسار وأقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات (وأبد) القاضى (حبس الموسر) لانه جزاء الظالم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده فى الحبس (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان (لا) يحبس الوالد (فى دين ولده) لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده (الا اذا أبى) أى امتنع (من الانفاق عليه) أى على ولده فانه حينئذ يحبس لانه بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بقتله وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس ولا يحبس العبد بدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به ثم صفة الحبس أن يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لجنازة ولو أعطى كفيلا ولا لمجىء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه ويخرج حينئذ لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للمعالجة وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لانه من فضول الحوائج ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذى يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس فى درهم ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم

*هذا (باب) *فى بيان أحكام (كتاب القاضى الى القاضى وغيره)*

(ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) أى قصاص لما روى أن عليا رضى الله عنه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه وهذا بالاجماع الا رواية عن مالك أنه يكتب فيهما أيضا وقوله فى غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق وعن

أبي يوسف أنه أجاز في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه (فان شهدوا) أي الشهود (على خصم) حاضر (حكم بالشهادة) لوجود الحجة ولحضور الخصم (وكتب بحكمه) حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتاب الحكم لانه قد تم لحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه (وهو) أي كتاب الحكم (المدعو سجلا) أي المسمى سجلا لانه سجله أي أحكمه بالحكم (والا) أي وان لم يكن الخصم حاضرا (لم يحكم) لان الحكم على الغائب لا يجوز ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له (وكتب) القاضي (الشهادة ليحكم) القاضي (المكتوب اليه بها) أي بهذه الشهادة (وهو الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لانه لم يحكم بالشهادة وانما نقلها اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لانه استحكم بالقضاء (وقرأ) القاضي الكاتب الشهادة (عليهم) أي على الشهود الذين يشهدهم عليه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من القراءة عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم (وختم) الكتاب (عندهم) أي عند الشهود (وسلم) الكتاب (اليهم) كيلا يتوهم التغيير ومن شرائطه أن يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على ظاهره لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه واسم المدعي على وجه يقع به التمييز ويذكر الحق ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم (فان وصل) الكتاب (الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله) أي لم يقبل القاضي المكتوب اليه هذا الكتاب (بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم كما بينا (فان شهدوا) أي الشهود (أنه) أي أن الكتاب الذي وصل اليه (كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتح القاضي) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم وألزمه) أي الخصم (ما فيه) أي ما في الكتاب هذا اذا ثبت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم أو يسأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وعن الخصاف أنه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم ولو قالت الشهود لم يسلمه الينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان هذا قول أبي يوسف فانه عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لابد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا فيها فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر

الرواية وعن أبي يوسف أنه لو كان فى مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله
صح الاشهاد وعن محمد أنه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا فى المصر وذكر
الكرخى فى اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضى الى القاضى مقبول وان كانا فى مصر واحد
فكأنهما اعتبراه بالتوكيل وفى الظاهر اعتبر العجز وفى خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضى الى
القاضى فى المصرين أو من قاضى مصر الى قاضى رستاق ولا يجوز من قاضى رستاق الى قاضى
مصر (ويبطل الكتاب بموت) القاضى (الكاتب وعزله) يعنى قبل وصوله الى القاضى الثانى
أو بعده قبل أن يقرأه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فبموت الاصول قبل أداء الفروع
الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحد أو عمى
وقال أبو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضى به وبه قال الشافعى ومالك وأحمد فى رواية
ولو مات القاضى الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل فى ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه
وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم
بها وفيه اختلاف زفر ويعقوب أنه لا يقضى به اذا مات قبل قضائه (وموت المكتوب اليه)
بالجر أى ويبطل أيضا بموت القاضى المكتوب اليه (الا اذا كتب) القاضى الاول (بعد اسمه) أى
بعد اسم القاضى المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل بموت
القاضى المكتوب اليه وقالت الثلاثة لا يبطل بموت المكتوب اليه وان لم يقل والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين ويحكم القاضى الذى جاء بعده به ولنا ان القاضى الكاتب اعتمد على علم
الاول وامانته والقضاة يتفاوتون فى الامانة فصار نظير الامناء فى الاموال بخلاف ما اذا قال والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكان مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء
والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما فى الكتاب
والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف وأجاز
أبو يوسف من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا
للامر ولا يقبل القاضى رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته ويجوز للقاضى
المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه
ثانيا ان يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى (لا) يبطل الكتاب (بموت الخصم) بالاجماع لان وارثه يقوم
مقامه فينفذ عليه (وتقضى المرأة فى غير حد وقود) أى قصاص لان القضاء يستقى من الشهادة
وشهادتها جائزة فى غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فى غير الحدود وعن الشافعى لا يجوز ان تولى
المرأة لقصور عقلها قلنا هى من أهل الشهادة فصارت كالرجل وقال الامام العتابى فى شرح
الجامع الكبير امرأة قلدت القضاء وقضت فى الاموال صح لانها تصلح شاهدة فى باب المال فتصلح
قاضية ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه نفذ بالاجماع لان نفس
القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل فى الحدود والقصاص وقال الشيخ
أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ولو قضى القاضى فى الحدود بشهادة رجل وامرأتين
نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله لانه قضى فى فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء ههنا مختلفا فيه (ولا
يستخلف قاض) أى لا يجوز له الاستخلاف (الا أن يفوض) الخليفة (اليه) أى الى القاضى (ذلك)

أي الاستخلاف كالوكيل لا يوكل الا باذن أو تفويض ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضي جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا في قذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولي من شاء فيصير نائبا عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته ولو فوض اليه الامام العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض (بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم اذا أحدث قبل أن يشرع في الجمعة لم يجزله أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يشهد الخطبة (واذا رفع اليه) أي الى القاضي (حكم قاض) آخر (أمضاه) أي أمضى القاضي الآخر حكم القاضي الاول (ان لم يخالف الكتاب) مثل متروك التسمية عامدا (والسنة المشهورة) مثل جواز حل المطلقة الثلاث وقيد بها احترازا عن الغريب (والاجماع) الذي ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي مثل القضاء بجواز نكاح الجدة لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه وقالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في المحيط وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب وفي الغاية ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني أن ينقضه كذا ذكره الخصاف لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ أبو بكر الرازي ان هذا مذهب محمد فاما مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحي قال شمس الائمة السرخسي وهذه المسئلة تبتنى على ان الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع وفي التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفي النوازل عن أبي يوسف أنه لا ينفذ القضاء (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ) كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفي الهبة والصدقة روايتان (ظاهرا) أي من حيث الظاهر بين الناس مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك (وباطنا) أي من حيث الباطن يعني بينه وبين الله تعالى مثل ثبوت الملك والحل هذا عند أبي حنيفة والاصل فيه ان كل شئ قضى به القاضي في الظاهر بالتحريم فهو في الباطن كذلك عنده وكذا اذا قضى باحلال وعندهما لا ينفذ الا ظاهرا لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا وبه قالت الثلاثة وزفر وله قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا بنفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وصور المسائل في العقود كثيرة منها اذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل

للمرأة

للمرأة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل له ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد
ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة الزور وهو على وجهين أحدهما أن يكون الدعوى من جانب
المشترى بأن ادعى على غيره انك بعت منى هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن
قال انك اشتريت هذه الجارية منى فانه يحل للمشترى وطؤها فى الوجهين وكذلك فى الفسوخ
كثيرة منها اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد وأقام بينة الزور وفسخ القاضى يحل للبائع
وطء الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضى
بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الوطء ظاهرا وباطنا (لا) ينفذ باطنا
بشهادة الزور بالاجماع (فى الاملاك المرسلة) أى المطلقة وهى التى لم يذكر سببها معينا لان فى
أسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس فى
وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح
ونحوها (ولا يقضى) القاضى (على غائب) وقالت الثلاثة يجوز الحكم عليه لانه عليه الصلاة
والسلام قضى لهند امرأة أبى سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذى من مال أبى
سفيان ما يكفيك وولدك ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه أحمد وأبو
داود والترمذى بمعناه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولا حجة
لهم فى حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اعانة لها على أخذ ماله ألا ترى انها لم تدعى
الزوجية ولم تقم البينة ويحتمل أن أبا سفيان كان حاضرا فى غير ذلك المجلس (الا أن يحضر من
يقوم مقامه) أى مقام الغائب (كالوكيل) بانابته (والوصى) بانابة الشرع يعنى من جهة
القاضى فحينئذ يجوز الحكم على الغائب لانهما يقومان مقامه فكأنه حاضر والحكم عليه
وتقييد الوصى بانابة الشرع احتراز عن المسخر من جهة القاضى فان فيه اختلاف الروايتين
كذا نقله صاحب الفصول عن المحيط والذخيرة وتفسير المسخر أن ينصب القاضى وكيلا عن
الغائب ليسمع الخصومة عليه وكذلك لو حضر رجل غيره عند القاضى ليسمع الخصومة عليه
والقاضى يعلم انه مسخر ليس بخصم فالقاضى لا يسمع الخصومة عليه وانما يجوز نصب الوكيل
عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم بعد ما بعث أمناءه الى داره ونودى على باب
داره (أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر) فحينئذ يجوز الحكم على
الغائب أيضا وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا
(كمن ادعى عينا) مثلا دارا (فى يد غيره) وأنكر الغير وادعى انها ملكه وأقام المدعى البينة (انه
اشتراه من فلان الغائب) تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب حتى اذا حضر
الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة وكذا اذا ادعى فى دار فى يد غيره شفعة بأن ذا اليد
اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار دارى لم اشترها من أحد فأقام المدعى بينة أنه اشتراها
من فلان الغائب تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب وكذا اذا ادعى على شخص دينا
على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعى البينة ان له
على الغائب ألف درهم تقبل بينته ويثبت الحكم على الغائب والحاضر والنوع الثانى أن يكون

مايدعيه عليهما شيئين مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد أعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعى البينة ان مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشئ واحد اذ لا ينفك أحدهما عن الآخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار ثم اذا كان مايدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة أنه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه (ويقرض القاضي مال اليتيم) لانه يقدر على استخلاصه (ويكتب الصك) بالقرض ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه (لا) يقرض (الوصي والاب) مال اليتيم لانهما لا يقدران على استخلاصه فيضمنان بالاقراض قال شمس الائمة في الاب روايتان أظهرهما أنه ليس له أن يقرض وهل يقرض لنفسه فقيل له ذلك وعن الحسن عن أبي حنيفة ليس له ذلك

* هذا (باب) في بيان أحكام (التحكيم) *

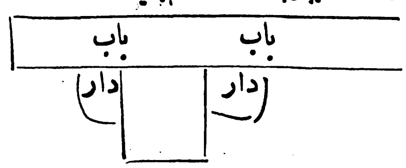
وهو مصدر من حكم بالتشديد اذا جعله حكما بفتحتين (حكما) أي حكم الاثنان (رجلا) يعني جعلاه حكما (ليحكم بينهما فحكم) أي المحكم بينهما (ببينة أو اقرار) من المدعى عليه (أو نكول) عن اليمين (في غير حد وقود) أي قصاص (ودية على العاقلة صح) حكمه (لو صلح المحكم) بتشديد الكاف وفتحها ان يكون (قاضيا) لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما كافرا أو عبدا أو محدودا في قذف أو صبيا لا يجوز وان حكما فاسقا أو امرأة جاز كما في القضاء وكذا الكافر في حق الكافر لانه أهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة وانما قال في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة ولا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد وقال ابو بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وقال شمس الائمة في شرح أدب القاضي من أصحابنا من قال بجواز التحكيم في القصاص وحد القذف لان الاستيفاء اليهما (ولكل) واحد (من المحكمين) بتشديد الكاف وكسرها (أن يرجع قبل حكمه) أي قبل حكم المحكم لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما (فان حكم) المحكم بينهما (لزمهما) أي المحكمين لان حكمه صدر عن ولاية شرعية كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا (و) اذا رفع حكمه الى القاضي (امضى القاضي حكمه) يعني نفذه (ان وافق مذهبه) لانه لا فائدة في نقضه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه (والا) أي وان لم يوافق

مذهبه

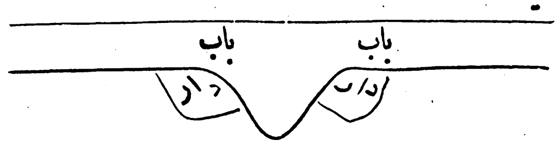
مذهبه (أبطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على مامرّ وقال ابن أبي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعى ولو أخبر هذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية (ويبطل حكمه) أى حكم المحكم (لابويه وولده وزوجته) للتهمة (كحكم القاضى) لهؤلاء (بخلاف حكمه) أى حكم المحكم (عليهم) أى على ابويه وولده وزوجته لعدم التهمة كحكم القاضى على هؤلاء

هذه (مسائل شتى) أى متفرقة وهى جمع شتيت وهو المتفرق وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل فاذا قلت جاءنى القوم شتى يكون نصبا على الحال أى متفرقين (لا يتد) أى لا يدق وتدا من وتد يتد من باب ضرب يضرب وأصل يتد يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما فى بعد أصله يوعد (ذو سفل) أى صاحب سفل (فيه) أى فى السفل صورته ان يكون بيت وفوقه طبقة كل واحد لرجل فليس لصاحب السفل وهو البيت التحتانى ان يدق فيه وتدا (ولا ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهى الطاقة وفى الديوان بفتح الكاف وهى الروزن (بلا رضا ذى العلو) أى صاحب العلو وهو الطبقة عند أبى حنيفة وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو ان يبنى على العلو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة على معنى أنه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف فى ملكه والحرمة عارضة وهو بالضرر لغيره وعنده الاصل هو الخطر لانه تصرف فى محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدى ولكن لصاحب العلو أن يبنى السفل ان شاء و يبنى عليه علوه ثم يرجع بقيمة البناء عليه ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر فى ذلك بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها و يبنى فى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكنه الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذى ذكرناه ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون (زائغة) أى سكة من زاغت الشمس اذا مالت وتسمى المحلة والسكة زائغة لميلها من طرف الى طرف وفى تهذيب ديوان الادب الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الاعظم وقوله (مستطيلة) صفتها أى طويلة من استطال بمعنى طال (يتشعب) أى يتفرع (عنها) أى عن الزائغة المستطيلة (مثلها) يعنى مثل الزائغة زائغة أخرى طويلة ولكنه (غير نافذ) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزائغة المستطيلة (لا يفتح أهل) الزائغة (الاولى فيه) أى فى الزائغة المتشعبة وتذكير الضمير باعتبار المثل (بابا) الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم فى الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص ألا ترى انه

لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى بخلاف ما اذا كانت الزائغة المتشعبة نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لان له أن يرفع جداره كله بالهدم فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول ولكن هذا فيما اذا أراد بفتح الباب المرور فانه يمنع استحسانا واذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى (بخلاف) الزائغة (المستديرة) يعني اذا كانت الزائغة الثانية المتشعبة مستديرة يجوز لاهل الزائغة المستطيلة فتح الباب لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة صارت كانها سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت المستديرة غير نافذة أيضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال الفقيه أبو الليث بيانها اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة أخرى عن يمينها أو عن شمالها ولرجل في السكة دار بابها الى السكة العظمى وبعض حوائطها الى السكة الاخرى التي في هذه السكة فأراد أن يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة خاصة لاهلها ألا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون أهل السكة العظيمة فان أراد انسان من أهل تلك السكة أن يفتح بابا الى السكة العظمى له ذلك لان السكة للجميع وان كانت زائغة مستديرة يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها رأس السكة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في تلك السكة في أي موضع شاء لانها سكة واحدة من أولها الى آخرها وهي بينهم بالشركة ألا ترى ان وجوب الشفعة لهم جميعا صورة الاولى



ذكر في الغاية ان الزائغة المتشعبة غير نافذة وكذا الزائغة الاولى أيضا غير نافذة كذا ذكر التمرتاشي والفقيه أبو الليث كما ذكرنا حيث قالا سكة طويلة غير نافذة وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة فلذلك صورتها غير نافذة صورة الثانية



اعلم ان للانسان أن يتصرف في ملكه ما شاء ما لم يضر بغيره ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره حماما وعن أبي يوسف ان تأذى الجيران بدخانه فلهم منعه الا أن يكون دخانه مثل دخانهم وأن يتخذ حظيرة غنم وان تأذى الجيران من نتن السرقين وأن يحفر بئرا وان كان حائط جاره نز منها وقيل ان كان يعلم يقينا أنه منه فله منعه ولا يجوز أن يبني تنورا للخبز الدائم كما في السوق أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين استحسانا ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من